Über die

bei Successivgründung von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse.

Dissertation

vorgelegt

der juristischen Fakultät zu Erlangen

von

K. Adelmann

Rechtspraktikant in München.

München 1893.

Druck von Ludwig Wildenauer

Türkenstrasse 54.

Über die

bei Successivgründung von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse.

Dissertation

vorgelegt

der juristischen Fakultät zu Erlangen

von

K. Adelmann

Rechtspraktikant in München.

München 1893.

Druck von Ludwig Wildenauer

Türkenstrasse 54.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0250

§ 1. Einleitung.

Die von der Novelle vom 11./VI. 1870 gegen den Gründungsschwindel geschaffenen Schutzmassregeln erwiesen sich nicht nur als unvollständig, sondern auch grossen Teils als verfehlt, und so dauerte die Opposition gegen das bestehende Aktienrecht fort. Theorie und Praxis verlangten ein abermaliges, radikales Eingreifen der Gesetzgebung zum Schutze des grossen Publikums gegen die Gewinnsucht gewissenloser Spekulanten, ja, die Forderungen gingen soweit, dass man nicht nur die Einschränkung der Aktiengesellschaften zu Gunsten öffentlicher Zwecke oder einer Art staatlichen Monopoles erstrebte, sondern sogar auf vollständige Beseitigung der Aktiengesellschaften drang.

Der Entwurf des neuen Aktiengesetzes vom 18./VII. 1884 glaubte jedoch die Reform darauf beschränken zu müssen, die Mängel und Lücken, welche in der bisherigen Gesetzgebung enthalten gewesen sind, und ohne welche die wirthschaftlichen Übelstände nicht hätten entstehen können, zu beseitigen.

Als einer der ersten und verhängnisvollsten Mängel des bisherigen Gesetzes musste die Leichtigkeit der Errichtung einer Aktiengesellschaft fallen und das geheimnisvolle Dunkel, welches bisher die Gründungsvorgänge umgab, zerrissen werden.

Von diesen Erwägungen ausgehend, erkannte man vor allem die Notwendigkeit, die thatsächlich bestehende Verschiedenheit der Gründungsarten auch gesetzlich in präziser Weise zum Ausdruck zu bringen und dadurch ein scharfes Auseinanderhalten derselben zu ermöglichen.

Wenn auch schon die Novelle vom Jahre 70 zwei verschiedene Fälle der Gründung erkennen liess und für beide verschiedene Formvorschriften aufstellte, so war doch der Unterschied nicht stark genug hervorgehoben und beruhte lediglich darauf, dass im Falle des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags zwischen sämtlichen Aktionären ein besonderer Beschluss der Aktionäre nach der Zeichnung

behufs Feststellung der Zeichnung und Einzahlung wegfiel (art. 209a d. früheren Rechtes).

Beide Arten der Gründung, welche jetzt allgemein mit den technischen Ausdrücken Simultan- und Successivgründurg nach einer Andeutung von Wiener in der Zeitschrift für gesamtes Handelsrecht Bd. XXIV S. 31 u. 32 einander gegenüber gestellt werden, unterscheiden sich nach dem Gesetz vom Jahre 84 dadurch, dass Simultangründung vorliegt, wenn sämtliche Aktien durch die Gründer übernommen werden (art. 209d Abs. 1), während im Falle der Successivgründung die Gründer nicht alle Aktien übernehmen (art. 210a Abs. 1).

Die Formvorschriften für die Errichtung der Aktiengesellschaften im Wege der Successivgründung sind wesentlich strenger als die für die Simultangründung, so dass im ersteren Fall der Gründungshergang sich ziemlich schwerfällig und kompliziert gestaltet. Man kann hier 3 scharf getrennte Abschnitte unterscheiden:

I. Vorbereitungsakte, welche sich von den später zu erwähnenden Errichtungsakten dadurch unterscheiden, dass jene gesetzlich nicht notwendig sind und thatsächlich auch oft wegfallen:

1) Es vereinigen sich mehrere Personen zum Zwecke der Gründung einer Aktiengesellschaft;
2) diese Gründervereinigung, es kann aber auch in diesem Stadium nur ein einziger Gründer vorhanden sein, entwirft ein Projekt, d. h. die Grundzüge des künftigen Statuts;
3) hierauf kann öffentlich oder privatim die Bekanntmachung dieses Projektes erfolgen mit der Aufforderung, diesem Unternehmen, sei es als Gründer, sei es als Zeichner, beizutreten = Prospekt.

II. Errichtungsakte:

1) Diese beginnen mit der Feststellung des Statuts durch die Gründer in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung, d. i. die Gründung im engeren Sinn;
2) daran schliesst sich die Aufbringung des Grundkapitals. Dieses muss geschehen
   a) durch Übernahme eines Teiles der Aktien durch die Gründer, entweder sofort bei Feststellung des Statuts, oder auch später in einer gerichtlichen oder notariellen Verhandlung;
   b) durch Aktienzeichnung.

3) Mit der Zeichnung wird die Pflicht zur sofortigen Einzahlung des gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebenen Prozentsatzes begründet.
4) Wenn das Grundkapital vollständig gezeichnet ist, erfolgt die Einberufung der ersten constituierenden Generalversammlung zur Wahl des Vorstandes und Aufsichtsrates.
5) Nachdem die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung des Gründungshergangs stattgefunden und die eventuell notwendige Einholung der staatlichen Genehmigung erfolgt ist, wird die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zum Handelsregister vorgenommen.
6) Den Abschluss der Gründung bildet die Errichtung der Gesellschaft in einer zweiten Generalversammlung = die Errichtungsgeneralversammlung.

III. Entstehung der Aktiengesellschaft: Durch die Eintragung in das Handelsregister ist sodann die Aktiengesellschaft als solche zur Existenz gelangt.

Im folgenden sollen nun die in den einzelnen Stadien dieser Entwicklung sich ergebenden Rechtsverhältnisse unter Zugrundelegung des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 zur Erörterung gelangen.

Eine nähere Betrachtung der Vorbereitungsakte fällt jedoch nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, da die rechtliche Behandlung der vor der Gründung im engeren Sinn stattfindenden Vorgänge, insbesondere der Erlassung des Prospektes, von dem neuen Gesetze dem bürgerlichen Rechte überlassen worden ist. Darin liegt zugleich die Verwerfung der s. g. Prospekttheorie, deren Grundsatz dahin geht, „dass eine Aufforderung zur Zeichnung nur auf Grund eines öffentlichen Prospektes, in welchem die Gründer alle auf die Errichtung der Gesellschaft bezüglichen Verträge oder Vorgänge bekannt machen müssen, erfolgen könne“, und zwar in der Weise, dass eine Reihe ganz bestimmter Angaben enthalten sein müssen, widrigenfalls der Prospekt als betrügerisch von Seiten der Gründer gilt. (So die Motive A S. 155 ff. u. B. S. 99 ff.; dann auch Oppenheim i. d. Zeitschrift f. H. R. Band XXVII S. 417).

Trotz des in Theorie und Praxis vielfach auftretenden Verlangens, diesem Prinzip Aufnahme in unserem Gesetze finden zu lassen, konnte sich der Gesetzgeber nicht dazu entschliessen.

Der Standpunkt des Gesetzes ist also der, dass es den Gründern überlassen bleiben mag, „ob und was für einen Prospekt sie er-

lassen wollen; im Falle des Erlasses bestimmen sich die zwischen ihnen und den Zeichnern eintretenden Rechtsverhältnisse nach dem bürgerlichen Rechte; das Gesetz sieht in dem Prospekt keinen wesentlichen Hergang der Gründung und enthält sich daher jeder Bestimmung". (cfr. Motive a. a. O.)

§ 2. Die Gründer.

I. Begriff des Wortes Gründer.

Unter Gründung im weiteren Sinn ist diejenige Thätigkeit zu verstehen, „welche auf das Zustandekommen einer Aktiengesellschaft gerichtet ist" (Behrend, Lehrbuch d. H. R. S. 721). Gründer im thatsächlichen Sinn ist folglich jeder, welcher die Entstehung der Gesellschaft vom ersten Keim bis zur erfolgten Ausführung in irgend einer Weise gefördert hat.

Dieses deckt sich jedoch nicht mit dem „Gründer" im Sinne des Gesetzes, als welcher nur derjenige zu bezeichnen ist, welcher behufs Errichtung der Gesellschaft den Inhalt des Gesellschaftsvertrages feststellt und dabei primitiv Aktien übernimmt (art. 209 u. 209c). Ausserdem kennt das Gesetz noch eine zweite Art von Gründern, nemlich diejenigen, welche andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen.

Aus diesen Sätzen ergibt sich folgendes: Gründer im gesetzlichen Sinne ist derjenige, welcher den Inhalt des Gesellschaftsvertrages feststellt; es ist nicht notwendig, dass er auch den Gesellschaftsvertrag abschliesst. Andererseits kann es auch Gründer im Sinne des Gesetzes geben, die gar nicht bei der Feststellung des Statuts beteiligt gewesen sind, deren Beitritt erst erfolgte, nachdem das Statut bereits festgestellt war; jedoch müssen dann immer noch 5 andere Gründer im Sinne des Gesetzes die Feststellung des Statutes vorgenommen haben. Die Gründer müssen zugleich primitiv Aktien übernommen haben. Dieses ergibt sich aus den Worten des art. 209c, wo es heisst, „Aktionäre, welche . . . . . gelten als Gründer". Infolge dessen sind diejenigen, welche sich lediglich an der Feststellung des Statuts beteiligen, keine Gründer im Sinne des Gesetzes und kommen nur als „Projektanten" oder Gründer im thatsächlichen Sinn in Betracht.

II. Wer kann Gründer sein?

Während als Gründer im thatsächlichen Sinne jeder auftreten kann, ist als gesetzlicher Gründer nur ein Verpflichtungsfähiger zuzulassen (Behrend S. 717 A. 4), da derselbe sich durch Übernahme von Aktien, sei es gegen Baarzahlung, sei es gegen Einlage, beteiligen muss. Zweifelhaft ist, ob juristische Personen als Gründer auftreten können: Man könnte nemlich aus dem Umstande, dass das Gesetz in art. 249a ff. eine Reihe von Strafbestimmungen für den Gründer aufstellt, argumentieren, dass nur physische Personen als Gründer zugelassen sind. Dieser Schluss ist jedoch keineswegs zwingend, da ja immerhin die für die juristischen Personen auftretenden physischen Personen zur Verantwortung gezogen werden können und somit der Zweck des Gesetzes völlig gewahrt bleibt, weshalb sich auch die überwiegende Ansicht für die Zulassung juristischer Personen zur Gründung ausspricht: (So Ring S. 218, Behrend S. 722 A. 5, Hergenhahn, Commentar z. A. G. S. 48, Staub, Commentar z. H. G. S. 332, Petersen und Pechmann, Commentar z. A. G. S. 335, Kayser, Commentar z. A. G., S. 72, Voelderndorff, Commentar z. A. G. S. 290).

Jedoch dürfte aus obigem Grunde verlangt werden müssen, dass eine jede dieser juristischen Personen bei Feststellung des Statuts durch eine physische Person vertreten wird, welche die Gründerrolle und damit die civil- und strafrechtliche Haftbarkeit übernimmt. [So in überwiegender Mehrheit die oben Allegirten, während Voelderndorff S. 290 A. 17 und Esser II, Comment. z. A. G. S. 78 es für zulässig erachten, dass jemand 2 Personen vertrete.]

III. Das Rechtsverhältnis der mehreren Gründer untereinander in ihrer Eigenschaft als Projektanten.

Für das Errichtungsstadium ist durch art. 209 ein Minimum von 5 Gründern vorgeschrieben. Um die rechtliche Natur des zwischen diesen Gründern bestehenden Verhältnisses richtig verstehen zu können, muss man im Auge behalten, einmal, dass es Gründer im thatsächlichen und im gesetzlichen Sinne gibt, ferner, dass der gesetzliche Gründer nicht allein als Projektant, sondern auch als Aktienübernehmer auftreten muss. Die gesetzlichen Gründer treten also zu einander in eine doppelte Rechtsbeziehung, nemlich einmal als Projektanten und dann als Aktienübernehmer. Hier soll nur von dem Rechtsverhältnisse gesprochen

werden, das sich zwischen den mehreren Gründern, sei es den thatsächlichen, sei es den gesetzlichen, in ihrer Eigenschaft als Projektanten ergibt. Praktisches Interesse hat diese Frage deshalb, weil es gesetzlich möglich ist, dass die mehreren thatsächlichen Gründer mit den gesetzlichen Gründern oder einem Teil der gesetzlichen Gründer in eine Rechtsverbindung treten.

Was die rechtliche Natur dieses Rechtsverhältnisses anlangt, so fassten eine grosse Anzahl der früheren Schriftsteller dasselbe als eine Societät auf, da sich die mehreren Gründer einander verpflichteten, durch gemeinschaftliche Mittel für die Entstehung der Aktiengesellschaft zu wirken. (So Renaud, d. Recht d. A. G. S. 223, Hahn: Über die aus d. A. Zeichnung hervorgehenden R. Verhältnisse S. 16, Jolly in d. Zeitschrift f. d. Recht, Bd. XI S. 355, Puchelt (1. Aufl.) S. 301; ebenso R. O. H. G. Bd. IX S. 137).

Zuzugeben ist, dass gewöhnlich zwischen den mehreren Gründern ein Societätsverhältnis bestehen wird. Notwendig ist dieses jedoch nicht und es ist möglich, dass sogar bei Feststellung des Statuts die Gründer noch in keinem Vertragsverhältnis zu einander stehen, dass sie es vielmehr späteren Vereinbarungen überlassen, die Verpflichtung der Mitwirkung zur Herstellung der Gesellschaft zu regeln. [Ring S. 174; Staub S. 331 u. 332, Fuchsberger u. Gareis S. 396.]

Die entgegenstehende Ansicht, welche in der gerichtlichen oder notariellen Feststellung des Statuts bereits einen Vertragsschluss erblickt [Voelderndorff S. 92, Petersen u. Pechmann S. 28, Behrend S. 722 A. 2] scheint mir an dem Fehler zu leiden, dass nicht scharf genug die Doppelnatur des Gründers als Projektant und als Aktienübernehmer auseinander gehalten wird. Es ist ja unbestreitbar, dass „auch wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, derjenige, der die Gründerstelle übernimmt, zu solchen Handlungen verpflichtet ist, die das Gesetz von den Gründern als solchen fordert.“ Jedoch lässt sich daraus noch nicht der Schluss ziehen, dass infolge dessen die Feststellung des Vertragsinhalts schon Vertragsnatur hat. Denn diese gesetzlich auferlegten Verpflichtungen greifen nur für den Gründer im gesetzlichen Sinne Platz und zwar hat dieses seinen Grund nicht in der angeblichen Vertragsnatur der Feststellung, sondern in der positiven Gesetzesvorschrift; dieses ergibt sich schon daraus, dass diese Verpflichtung nicht gegenüber dem Mitgründer, sondern gegenüber der noch nicht existierenden Aktiengesellschaft begründet wird. Bedenkt man

ferner noch, dass eine Beteiligung auch blos thatsächlicher Gründer an der Feststellung des Statuts nicht ausgeschlossen ist, so dürfte man nicht leicht die Ansicht aufrecht erhalten können, dass in der Feststellung des Statuts an sich ein Vertragsschluss zu erblicken sei. Dass allerdings unter den gesetzlichen Gründern, weil sie auch zur Aktienübernahme verpflichtet sind, notwendiger Weise ein Vertragsverhältnis bestehen muss, werde ich später behandeln.

Wenn aber kraft besonderer Vereinbarungen eine Rechtsbeziehung zwischen den mehreren Gründern in ihrer Eigenschaft als Projektanten geschaffen wird, was ja meistens der Fall sein dürfte, so richtet sich die rechtliche Natur dieses Rechtsverhältnisses nach den im gegebenen Fall getroffenen Vereinbarungen. Es kann sich dieses Rechtsverhältnis als ein pactum de contrahendo, insbesondere de ineunda societate, qualifizieren, was Renaud S. 223 von einem prinzipiell unrichtigen Standpunkte ausgehend, verneint.

Meistens jedoch wird sich allerdings dieses Verhältnis als ein Societätsvertrag darstellen, so dass also eine nach den Grundsätzen des Societätsrechtes zu beurteilende Gründergesellschaft, die natürlich nicht mit der Aktiengesellschaft verwechselt werden darf, in Thätigkeit tritt. Eine solche Gründergesellschaft ist somit für den hier in Betracht kommenden Fall der Successivgründung eine Vereinigung von Gründern behufs Errichtung einer Aktiengesellschaft durch Unterbringung der Aktien im Wege der Primitivzeichnung. Ganz anderer Natur sind die ebenfalls Gründungsgesellschaft genannten Vereinigungen von Gründern oder auch Zeichnern, welche primär die Aktien übernehmen oder zeichnen und sich nur die Finanzierung des Unternehmens zum Ziele gesetzt haben. (ctr. Ring S. 178.)

IV. Sind die Gründungsgesellschaften Handelsgesellschaften?

a) Die Gründungsgesellschaften an sich sind keine Handelsgesellschaften: Primker a. a. O. S. 547 geht von der Ansicht aus, dass das einzelne Gründungsgeschäft, selbst wenn es sich um Immobilien handelt, stets ein Handelsgeschäft sei, weil die schliessliche Absicht der Gründer auf Erlangung von Aktien in einem den wirklichen Kostenbetrag übersteigenden Nominalbetrag gerichtet sei. Gegen diese Annahme wenden sich Renaud S. 223, Endemann: d. deutsche Handelsrecht S. 220, Fuchsberger u. Gareis S. 488 A. 1,

Behrend 717 A. 5, Ring S. 177. Insbesondere führt Ring aus, dass die Ansicht Primkers von dem Standpunkte aus verworfen werden muss, dass es sich nicht um Anschaffung im Sinne des H. G. B., sondern um Schaffung von Aktien handle; die Ansicht dürfte entschieden die richtige sein, und wenn auch im einzelnen Fall der Gründer bei Übernahme der Aktien den Hintergedanken der Weiterveräusserung hatte, so ist doch die Annahme der rechtlichen Natur eines Handelsgeschäftes für das Gründungsgeschäft ausgeschlossen, da es sich eben um Kreierung von Aktien handelt.

b) Es können die Gründungsgesellschaften Handelsgesellschaften sein:

Andererseits dürfte die ziemlich unbestrittene Annahme, dass die Präsumtion des art. 274 H. G. B. sowohl auf die im Gründen enthaltenen einzelnen Geschäfte wie auf das Gründungsgeschäft als Ganzes anwendbar sei, kaum widerlegt werden können, wenn man sich nicht wie Renaud [das Recht der stillen Gesellschaft etc. S. 204] auf einen prinzipiell anderen Standpunkt stellt.

§ 3. Das Statut.

I. Statut und Gesellschaftsvertrag.

„Der erste Schritt für die Gründung einer Aktiengesellschaft ist die Aufstellung der Verfassungsbestimmungen, nach welchen die zu errichtende Gesellschaft in's Leben und in Thätigkeit treten soll."

Wie verhält sich dieses Statut zum Gesellschaftsvertrag?

Der art. 208 Abs. 2 hat in seinem ursprünglichen Wortlaut und nach der Novelle vom Jahre 70 die Fassung: „Über Errichtung und Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statut)" etc. . . . .

Die Folge dieser zweideutigen Ausdrucksweise war, dass vielfach in der Literatur und Praxis dieser Artikel so ausgelegt wurde, als ob das Statut der Gesellschaftsvertrag selbst sei und sich die Errichtung der Gesellschaft gar nicht von der Feststellung des Gesellschaftsinhalts unterscheide, indem man obige Bestimmung so auffasste: „Über Errichtung und Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Gesellschaftsvertrag = Statut) etc. . . . . (So Puchelt, 1. Aufl. S. 380, Auerbach S. 259.)

Andererseits glaubte z. B. Pöhls, Aktienrecht S. 175, es könne das Statut mit dem Gesellschaftsvertrag zusammen fallen

Eine dritte Ansicht schied zwar zwischen Gesellschaftsvertrag und Statut, identifizierte jedoch den Gesellschaftsvertrag mit der vorbereitenden Übereinkunft der Gründer. (So Bekker in Schmollers Jahrbuch, Bd. VIII n. F. S. 432.)

Doch wurde von einigen Schriftstellern schon damals die Notwendigkeit der Auseinanderhaltung des Gesellschaftsvertrages und des Statutes mit Nachdruck betont, [Renaud S. 306; auch Hahn, a. a. O. § 4 bezeichnet die Bestimmungen des Statuts als integrierenden Bestandteil des Gesellschaftsvertrages].

In diese grosse Verworrenheit griff das neue Gesetz klärend ein, indem es die Bestimmung des art. 208 in art. 209 herübernahm unter der ausschlaggebenden Änderung: „der Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statut) . . . .“

Über die Bedeutung dieser Änderung lassen die Motive keinen Zweifel: „die Feststellung des letzteren (Statuts) kann sowohl bei der Simultan- als der Successivgründung mit dem Abkommen über die Errichtung der Gesellschaft zeitlich zusammenfallen. Aber begrifflich deckt sich die Aufstellung der Statuten nie mit der Errichtung des Gesellschaftsvertrags und es ist deshalb unrichtig, wenn in dem bisherigen art. 208 Abs. 2 H. G. B. das Statut als der Vertrag über die zu bildende Gesellschaft bezeichnet wird .... der Entwurf sucht daher mit Schärfe die Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren zu scheiden.“ [Begründung A 140 f. B 90 f.]

Es muss somit die Feststellung des Statuts rechtlich immer dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages *vorausgehen*, auch wenn *äusserlich* beide Vorgänge zusammenfallen, was ja bei der Simultangründung meistens der Fall sein wird. Jedoch dürfte im Falle der Successivgründung ein zeitliches Zusammenfallen der Feststellung des Statuts mit dem Abkommen über Errichtung fast ausgeschlossen sein, da ja die Errichtung erst in der constituierenden Generalversammlung stattfindet, wobei sich zwischen Feststellung und Errichtungsversammlung noch Zeichnung und Anmeldung etc. einzuschieben hat.

II. Rechtliche Natur des Statuts.

1) Hat das Statut Vertragsnatur?

Die herrschende Ansicht ist gegen die Vertragsnatur des Statutes, d. h. sie erblickt in der Feststellung des Statuts keinen

Vertragsschluss, [so z. B. Renaud 301 ff.; Gareis, d. deutsche H. R. S. 220, Staub S. 331, Ring S. 174] eine Annahme, welche jedoch auf lebhafte Opposition gestossen ist. [Voelderndorff S. 92, Behrend S. 723 A. 1, Petersen u. Pechmann S. 28 f.]

Behrend führt als Beweis für die Richtigkeit seiner Annahme an, 1) den Umstand, dass die 5 Gründer in Beziehung zu einander treten müssen und 2) dass nicht mehr willkürlich Mitgründer aufgenommen werden könnten.

ad. 1) Die „Gründer" im gesetzlichen Sinne treten allerdings zu einander in ein Rechtsverhältnis, aber erst mit Übernahme der Aktien, wobei auf grund des festgestellten Statuts Rechte und Pflichten unter einander begründet werden. Die Feststellung des Statuts jedoch an sich ist lediglich eine Aufstellung der einzelnen Punkte des späteren Gesellschaftsvertrags und dadurch allein tritt noch keine vertragsmässige Verpflichtung oder Berechtigung ein.

ad. 2) Was jedoch die 2. Einwendung anlangt, dass nicht mehr willkürlich Mitgründer aufgenommen werden könnten, so ist es klar, dass dieses überhaupt nur eine Bedeutung für das durch die Aktienübernahme zwischen den Gründern begründete Rechtsverhältnis haben kann, d. h. wenn eine willkürliche Zulassung von Mitgründern ausgeschlossen ist, so hat dieses lediglich seinen Grund in dem durch die Aktienübernahme geschaffenen Rechtsverhältnisse.

Die behauptete Gesetzesnatur des Statuts im Falle der Veröffentlichung der staatlichen Genehmigung im Gesetz- und Verordnungsblatt [Pöhls S. 176] ist mit Recht entschieden verneint worden. [Voelderndorff S. 290 A. 15, Hergenhahn S. 48 A. 3, Renaud S. 334. ROHG.: IV S. 58; VII S. 270; VIII S. 28 u. 191; IX S. 130; X S. 327]. Für das geltende Recht kann in dieser Beziehung kein Zweifel mehr bestehen.

III. Inhalt des Statutes.

1. Nach früherem Rechte:
   a) Im ursprünglichen H. G. B. lautete der art. 175: „Der Gesellschaftsvertrag, dessen staatliche Genehmigung erfolgen soll, muss enthalten" etc. . . . Die Bedeutung dieser Vorschrift war, dass bei Nichtvorhandensein der in art. 175 vorgeschriebenen Erfordernisse die notwendige staatliche Genehmigung versagt wurde. Gleichwohl konnte

die Gesellschaft nach innen, d. h. unter den Gesellschaftern, sehr wohl zu Recht bestehen, auch wenn die von art. 175 geforderten Punkte nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen waren. Doch wurde schon damals in der Literatur eine Einigung über die wesentlichen Punkte zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages verlangt, wobei allerdings in Ermangelung gesetzlicher Regelung keine Einigkeit über den Begriff „wesentliche" Punkte erzielt wurde.

b) Nach Wegfall des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung hatte dieser Artikel nur mehr Bedeutung für die Eintragung in das Handelsregister: Der Richter war verpflichtet, bei Vorhandensein eines derartigen Mangels die Eintragung zurückzuweisen. Jedoch auch auf das Verhältnis der Gesellschafter unter einander sollte dieses nicht ohne allen Einfluss sein: Fehlte nemlich ein wesentlicher Punkt, dann wurde überhaupt das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Gesellschaftern geleugnet, so dass selbst bei Erfüllung der formellen Bedingungen für die Perfektion die Gesellschaft als nicht bestehend angesehen wurde. [Renaud S. 326, Primker S. 525, Keyssner, H. G. B. 187, Motive A 140, B. 92]. Dagegen die Nichtaufnahme eines als unwesentlich bezeichneten Punktes des art. 175 hatte keine Wirkung auf die vor der Eintragung bestehende oder durch ein Versehen des Registerrichters eingetragene Gesellschaft. Welche Bestimmungen des art. 175 jedoch als wesentlich zu bezeichnen waren oder nicht, wurde keineswegs für sämtliche Punkte übereinstimmend beantwortet [cfr. Renaud 327 ff., Hahn, § 4, Primker 525, Wiener in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XXIV S. 41—42].

c) Dass die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt werden müsste, war bei Einführung des neuen Gesetzes allen klar. So wurde von verschiedener Seite [Hecht, das Börsen- und Aktienwesen S. 36 ff., Behrend im s. g. Eisenacher Gutachten S. 50] die Herübernahme des Systems des subsidiären Normalstatutes aus dem englischen Rechte verlangt: d. h. es solle das Gesetz selbst eine Verfassung ein für allemal bestimmen für

den Fall, dass es an einer besonderen Festsetzung im Gesellschaftsvertrage fehlen sollte. Aus verschiedenen Gründen jedoch verwarf das Gesetz dieses System und suchte eine befriedigende Lösung durch das System der Normativbestimmungen herbeizuführen. Es wurde eine Reihe von Punkten aufgestellt in art. 209 bezw. 209a, welche bei Strafe der Nichtigkeit des Statutes bezw. der Ungültigkeit der getroffenen Bestimmung Aufnahme in das Statut finden müssen.

2. Nach geltendem Rechte.

Art. 209 enthält die absolut oder unbedingt notwendigen Bestimmungen, während art. 209a den relativ notwendigen oder willkürlichen Vertragsinhalt aufzählt:

a) Was den absolut notwendigen Inhalt des Statuts anlangt, so ist

α) die Folge des Fehlens auch nur eines der in art. 209 bezeichneten Punkte nicht nur die Unmöglichkeit der Registrierung, sondern überhaupt die Nichtigkeit des ganzen Gründungsherganges, so dass eine auf ein dadurch materiell mangelhaftes Statut erfolgende Zeichnung ungültig ist.

β) Diese Ungültigkeit eines hiernach mangelhaften Statuts ist aber so stark, dass sogar eine formgerechte Eintragung der Aktiengesellschaft nicht imstande ist, diesen materiellen Fehler zu heilen, so dass also eine auf grund eines solchen Statutes eingetragene Aktiengesellschaft nicht existent geworden ist. Jedoch die von einem gutgläubigen Dritten erworbenen Rechte müssen erhalten bleiben.

γ) Aber zur Gültigkeit des Statutes genügt es nicht, dass diese Punkte überhaupt aufgenommen werden, sondern sie müssen auch in einer Weise Regelung finden, dass ihnen nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Ungültigkeit zukömmt. Ist z. B. der im Statute bezeichnete Gegenstand des Unternehmens ein unerlaubter oder unmöglicher, so gilt dieser als gar nicht aufgenommen und das Statut ist somit ungiltig. Dieses ist aber hinsichtlich sämtlicher Bestimmungen des art. 209 festzuhalten,

auch für diejenigen Punkte, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gerade wesentlich wären.

b) In art. 209a hat unser Gesetz eine Reihe von Bestimmungen aufgestellt, die in das Statut aufgenommen werden müssen, falls sie überhaupt Gültigkeit haben sollen. Die Folge des Unterlassens der Einstellung solcher Punkte in das Statut wäre die, dass zwar die Gültigkeit des Statuts nicht beeinträchtigt würde, dass jedoch diese Punkte überhaupt nicht als geregelt betrachtet werden.

c) Was die anderen, von den Parteien als wesentlich gedachten Bestimmungen betrifft, so können diese in das Statut aufgenommen werden, ohne dass jedoch ein gesetzlicher Zwang zur Aufnahme in das Statut besteht.

d) Wenn in den Fällen a und b durch dolus oder Nachlässigkeit Nichtigkeit des Statutes oder einzelner Vertragsbestimmungen herbeigeführt wird, so dürfte eine Schadenersatzpflicht begründet werden und zwar halte ich es für angemessen, den Gründern gegenüber unter Zulassung des Gegenbeweises eine Präsumtion der Nachlässigkeit aufzustellen; denn wer die Gründung der Aktiengesellschaft in die Hand nimmt, dürfte auch verpflichtet sein, die wichtigsten Bestimmungen des Gesetzes zu kennen, damit nicht die Zeichner durch seine Unkenntnis geschädigt werden. [Ähnlich auch Voelderndorff S. 292.]

IV. Form des Statuts.

Über die Frage, ob bereits aus der Natur der Aktiengesellschaft die Notwendigkeit einer bestimmten, insbesondere schriftlichen Form des Statuts sich ergibt, [Pöhls S. 154, Jolly 346] oder ob mangels einer positiven Vorschrift eine besondere Form für das Statut nicht verlangt werden könnte, [Renaud S. 306] kann ich wegsehen, nachdem unser Aktiengesetz bestimmt, es müsse das Statut in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung durch mindestens 5 Gründer festgestellt werden.

1. Feststellung:

a) Die Feststellung des Statuts erfolgt in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung: Diese Verhandlung besteht

in der Erklärung der Gründer, welchen Inhalt sie dem künftigen Gesellschaftsvertrage geben wollen. Jedoch ist es nicht notwendig, dass die einzelnen Punkte wörtlich in die Verhandlung aufgenommen werden, vielmehr genügt es, wenn diese Feststellung eine unzweifelhafte Anzeige des Vertragsinhalts vor Notar oder Gericht umfasst. Es genügt somit, wenn eine Privaturkunde, in welcher der Inhalt festgestellt ist, als Beilage angefügt und als integrierender Bestandteil erklärt wird, wobei jedoch die Urkunde verlesen und in Gegenwart des Richters bezw. Notars genehmigt werden muss. [Nürnberger Conferenz S. 1037; Renaud S. 322, Voelderndorff S. 291, Ring S. 175.]

b) Die Feststellung des Statuts hat durch mindestens 5 Gründer zu erfolgen: Der Wortlaut des art. 209 zwingt allerdings nicht zu dieser Annahme, indem hier nur von „5 Personen, welche Aktien übernehmen" die Rede ist, so dass die Auslegung möglich wäre, dass vielleicht 2 oder alle zusammen Aktien übernehmen, während jeder Gründer mindestens eine Aktie übernehmen muss. Der 2. Satz des art. 209, welcher von der Notwendigkeit der Angabe der von „jedem einzelnen" übernommenen Aktien spricht, wäre nicht im Stande diese Interpretation umzustossen, da dieses nur als eine eventuelle Bestimmung ausgelegt werden könnte, als ob es hiesse: „Wenn die Einzelnen Aktien übernehmen, so darf nicht eine Pauschalsumme angegeben werden". Jedoch zweifellos ist die Absicht des Gesetzes die, dass jede „Person" Aktien bezw. eine Aktie übernehmen muss, so dass unter den „5 Personen" fünf Gründer i. S. d. G. zu verstehen sind, was auch die Motive unzweideutig zum Ausdruck bringen: „Der Entwurf verlangt das Hervortreten von 5 Gründern und stellt die Mindestzahl der als solcher für die Gründung verantwortlichen Personen .... auf 5 fest." Diese Personen müssen sich an der Feststellung beteiligen. Dass andere Personen sich nicht auch an der Feststellung beteiligen dürften, ist nirgends ausgesprochen und es erscheint somit deren Beteiligung an der Feststellung als gesetzlich

zulässig. Andererseits greift aber auch für die etwa noch vorhandenen thatsächlichen Gründer kein Zwang zum Hervortreten in dieser gerichtlichen oder notariellen Verhandlung ein. [Renaud S. 320.]

c) Die Möglichkeit einer Abänderung oder Ergänzung eines so festgestellten Statutes vor der Zeichnung durch die Feststellenden ist gegeben, jedoch muss auch hiefür eine gerichtliche oder notarielle Verhandlung verlangt werden. [Renaud S. 322.] Diese mehreren nachträglichen Verhandlungen hinsichtlich der Feststellung des Statuts bilden mit der ersten zusammen einen einheitlichen Akt. [Behrend S. 718 A. 8.]

2. Wirkung eines Mangels in der Form.

a) Wenn art. 209 Abs. 1 davon spricht, dass diese Form beobachtet werden muss, so ist damit unbestrittnermassen zunächst ein Verbot an den Registerrichter ausgesprochen, bei einem derartigen Mangel die Eintragung vorzunehmen.

b) Sollte jedoch trotz dieses Verbotes die Eintragung erfolgt sein, so fragt es sich, ob deshalb die einmal eingetragene Aktiengesellschaft nichtig ist:

α) Behrend S. 717 A. 4, Kayser S. 72, Petersen u. Pechmann S. 30 halten die durch einen Mangel der Form herbeigeführte Ungültigkeit für so stark, dass sie überhaupt Nichtigkeit des ganzen Gründungsherganges bewirke und nicht durch Eintragung geheilt werden könne.

β) Die von Renaud S. 325, Puchelt S. 330, Fuchsberger u. Gareis S. 316, Ring S. 175 vertretene Gegenansicht stützt sich darauf, dass ja durch die amtliche Veröffentlichung des Statutes dasselbe in sicherer Weise festgestellt werde und dass bei dem offenbaren Willen des Aktiengesetzes, die einmal eingetragene Gesellschaft nach Möglichkeit zu erhalten, angenommen werden müsse, dass die Nichtigkeit der Gesellschaft als Folge der nicht oder nicht richtig beobachteten Form ausdrücklich anzudrohen gewesen wäre.

Wenn auch zuzugeben ist, dass die Aufnahme einer derartigen direkten Bestimmung in das Gesetz angezeigt gewesen wäre, so glaube ich doch im Gesetze selbst eine Andeutung für die erste Auslegung zu finden:

Art. 209e Abs. 3 Z. 1 bestimmt nemlich, es müsse der Zeichnungsschein, wenn er gültig sein soll, die Angabe des Datums des Statutes enthalten. Dass darunter ein bereits festgestelltes Statut zu verstehen ist, dürfte für das heutige Recht kaum zu leugnen sein. Nun gibt aber Ring S. 224 selbst zu, dass ein formell oder materiell nicht in gesetzmässiger Weise zu Stande gekommenes Statut überhaupt kein Statut ist. Infolge dessen ist eine auf ein blos formell mangelhaftes Statut erfolgende Zeichnung ungültig. Diese Ungültigkeit convalesciert aber nicht durch bloses Eintragen der Gesellschaft. Wenn nun sämtliche Zeichnungen auf grund dieses formell ungültigen Statuts erfolgt sind, so sind sämtliche Zeichnungen ungültig und es ist deshalb die Aktiengesellschaft gar nicht zu Stande gekommen. Die Convalescenz der Ungültigkeit durch Stimmen in der Generalversammlung vermag die Möglichkeit obiger Wirkung nicht zu beseitigen, da ja notwendiger Weise sich hier nur $^1/_4$ sämtlicher Aktionäre mit $^1/_4$ des gesamten Grundkapitals zu beteiligen hat und eine Ungültigkeit der Gesellschaft schon dann anzunehmen ist, wenn ein so starker Ausfall der Zeichnungen stattfindet, dass mit dem Rest des durch die gültigen Zeichnungen aufgebrachten Grundkapitals der Zweck der Gesellschaft nicht mehr erreicht werden kann.

Diese schwerwiegenden Folgen, welche eine Nichtbeobachtung der Form des Statuts nach sich ziehen kann, rechtfertigen den Schluss, dass das Gesetz die Einhaltung der vorgeschriebenen Form bei Strafe der Nichtigkeit der eingetragenen Gesellschaft verlange.

3. Wirkung der Verpflichtungsunfähigkeit bei der Feststellung.

Behrend S. 717 nimmt an, dass die Handlungsunfähigkeit oder ein anderer Mangel der Willenserklärung Ungültigkeit des Statuts bewirke.

Richtig ist, dass, soweit bei der Feststellung des Statuts ein Vertrag geschlossen wird, dieser Mangel der Willenserklärung die Ungültigkeit des Vertragsschlusses nach sich zieht und dass das Statut infolge dessen auch nicht mehr Grundlage dieses Vertrages sein kann. Das festgestellte Statut selbst ist aber nicht

ungültig, denn der Feststellungsakt als solcher, welcher ja, wie oben ausgeführt, kein Vertragsschluss ist, bleibt zu Recht bestehen.

§ 4. Unterbringung der Aktien.

Nachdem das Statut in gesetzmässiger Weise festgestellt ist, bedarf es als zweiten und wichtigsten Schritt der Unterbringung der Aktien. Im Falle der Successivgründung wird hier folgendermassen vorgegangen:

1. Jeder der 5 Gründer übernimmt nach gesetzlicher Vorschrift mindestens eine Aktie, wobei jedoch die Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer zur Simultangründung führen würde.

2. Bestritten ist es, ob im Falle der Successivgründung die Gründer gemäss art. 209d Abs. 2 noch einen weiteren Teil des Restes der Aktien übernehmen können in der s. g. Nachtragsverhandlung:

a) Petersen u. Pechmann S. 345, Staub S. 347, Ring S. 226 halten dieses für unzulässig, weil es gesetzlich nicht zum Ausdruck gekommen ist und bei der Singularität der Norm eine ausdehnende Erläuterung derselben unangängig sei; es seien also hier die Gründer wegen Nichtigkeit der letzteren Verhandlung auf den Weg der Zeichnung zu verweisen, wenn sie ausser den in der 1. Verhandlung übernommenen Aktien noch weitere Aktien erlangen wollten.

b) Dagegen wendet sich Behrend S. 725 A. 9, welcher die nachträgliche Teilübernahme für zulässig erklärt, weil er im gegenteiligen Falle eine unmotivierte Beschränkung der Vertragsfreiheit, für die sich im Gesetz kein Anhaltspunkt findet, erblickt. Diese Ansicht dürfte wohl den Intentionen des Gesetzes am nächsten kommen.

Hinsichtlich der nachträglichen Übernahme sind nun zwei Fälle auseinander zu halten, indem

α) die nachträgliche Übernahme durch diejenigen stattfinden kann, welche das Statut bereits festgestellt haben.

β) Es können aber auch Personen, welche das Statut nicht mit festgestellt haben, nemlich Inferenten, sich an dieser Nachtragsverhandlung durch Aktienübernahme beteiligen, so dass auch für den Fall der Successivgründung die

Möglichkeit, den Gründerkreis zu erweitern, gegeben ist. [Ring S. 219, Voelderndorff S. 325]. Das Wörtchen „noch“ im art. 209d Abs. 2, das vielleicht eine andere Auslegung veranlassen könnte, wird von Ring offenbar in berechtigter Weise als ein redaktioneller Fehler bezeichnet, da dieses Wörtchen zwar im Entwurf, der keinen Inferentgründer kannte, berechtigt war, jedoch nur aus Versehen in das Gesetz herübergenommen wurde.

3. Der Rest der Aktien wird durch Zeichnung aufgebracht, und zwar können sich an der Zeichnung sowohl dritte wie auch die Gründer beteiligen, ja sogar wenn nur Gründer zeichnen, dürfte der Fall der Successivgründung gegeben sein. [Ring S. 220; Behrend S. 733 A. 1.] Andererseits sind die Gründer nicht schon durch Ausschreiben der Zeichnung zur Successivgründung gezwungen. Selbst wenn bereits Zeichner sich gemeldet haben, jedoch noch nicht acceptiert bezw. zum Rücktritt zu bewegen sind, können die Gründer immer noch zur Simultangründung zurückkehren. [Motive A 154, B 99, Voelderndorff S. 325.]

§ 5. Übernahme der Aktien.

I. Form der Übernahme.

Die Übernahme der Aktien erfolgt in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung (art. 209.)

Petersen u. Pechmann S. 345 nimmt an, dass die Übernahme der s. g. Pflichtaktien nicht gleichzeitig mit der Feststellung des Statuts erfolgen müsse. Dem kann man vollständig beitreten, wenn man nur festhält, dass die Nachtragsverhandlung, in welcher dann die Übernahme erfolgt, mit der ersten d. i. der Feststellungsverhandlung eine einzige Verhandlung bildet, [cfr. oben S. 17], d. h. dass die 2. Verhandlung als eine Fortsetzung der 1. Verhandlung anzusehen ist, [Dieses ist aus Abs. 1 Satz 2 des art. 209 zu lesen]. Feststellung und Übernahme sind jedoch rechtlich 2 verschiedene Akte, welche dann in den zeitlich getrennten Abschnitten einer Verhandlung bethätigt werden.

Wenn aber andererseits Petersen u. Pechmann der Ansicht zu sein scheint, dass die Gründer einstweilen nur den Vertragsinhalt feststellen und die Pflichtaktien später zeichnen können, so behauptet Ring S. 176 mit Recht die Unmöglichkeit eines der-

artigen Vorgehens, indem art. 209 dieses verwirft mit den Worten: „In derselben (= Verhandlung) ist zugleich der Betrag der von jedem einzelnen übernommenen Aktien anzugeben."

II. Rechtliche Natur der Übernahme.

Durch die Aktienübernahme tritt jeder Gründer nur in eine Rechtsbeziehung zu den übrigen Mitgründern, während auf den weiteren Kreis der Aktienzeichner sich seine Willensrichtung noch nicht erstreckt, so dass also hierin keine bindende Offerte an die Zeichner erblickt werden kann. Was die rechtliche Natur der Übernahme anlangt, so dürfte

1. unbestreitbar sein, dass eine Offerte jedes Gründers an jeden Mitgründer vorliegt dahin gehend, dass er mit diesen übrigen Gründern eine Gesellschaft schliessen und sich an der Aufbringung des für die Gesellschaft notwendigen Grundkapitals beteiligen wolle. [Ring S. 176, Behrend S. 723, welcher jedoch von der Ansicht ausgeht, dass dieses bereits mit der Feststellung des Statuts geschehe.]

2. Schwieriger ist die Frage, ob nicht zugleich ein Accept dieser Offerte der Mitgründer in der Übernahme zu erblicken ist: Ring S. 176 f. u. 219 gibt dieses nur für den Fall der Simultangründung zu, während er bei der Successivgründung in der Übernahme *nur* die Offerte und kein Accept sieht. Dieser Anschauung Rings kann ich nicht beitreten: Ring stützt sich bei seiner Annahme darauf, dass dann der Aktiengesellschaftsvertrag, dessen Abschluss kraft positiver Bestimmung erst in der Errichtungsversammlung erfolgen kann, schon jetzt abgeschlossen würde. Wenn ich auch einerseits darin beistimme, dass der Aktiengesellschaftsvertrag erst in der Errichtungsversammlung abgeschlossen wird, so kann ich andererseits doch nicht zugeben, dass durch Acceptation der in der Übernahme liegenden Offerte bereits der Aktiengesellschaftsvertrag geschlossen wird. Vielmehr kommt durch diesen Vertragsschluss zwischen den einzelnen Gründern nur ein pactum de ineunda societate zu Stande, wobei unter der beabsichtigten societas natürlich nicht die Aktiengesellschaft, welche ja juristische Person ist, verstanden ist, sondern die durch den Errichtungsbeschluss vor Eintragung des Gesellschaftsvertrags entstehende Gesellschaft zwischen sämtlichen Gründern und Zeichnern. Dann aber ist kein Grund vorhanden, zu bestreiten, dass ein Accept der in der Übernahme liegenden Offerte des Mitgründers zum Abschluss des partum de

ineunda societate schon vor der Errichtungsversammlung möglich sei, ja sogar dass die Übernahme der Aktie bereits das Accept enthalten müsse. Zwingt doch der Umstand, dass die Gründer zusammen das Statut feststellen, dass sie die Übernahmeerklärung des Mitgründers ohne Widerspruch mit anhören, zur Annahme einer stillschweigenden Acceptation der Offerte des Mitgründers.

Es wird also durch die Übernahmeerklärung vor Gericht zugleich von jedem einzelnen Gründer die Beteiligungsverpflichtung offeriert an jeden einzelnen Mitgründer und die Offerte jedes Mitgründers acceptiert [Im Ergebnis stimmt Behrend S. 723 überein]. Demnach werden hier so viele pacta de ineunda societate geschlossen als Gründer sich beteiligt haben.

Ob ausserdem diese Aktienübernehmer noch in ein Gesellschaftsverhältnis treten wollen, bezw. schon getreten sind, hängt von den concreten Abmachungen ab. Wird in einer Nachtragsverhandlung von den Gründern noch ein Teil der Aktien übernommen, bezw. tritt ein Inferentgründer hinzu, so muss man unterscheiden:

a) Es nehmen sämtliche Gründer an der Nachtragsverhandlung Teil:

In diesem Fall ist das Verhältnis das nemliche wie oben. Es bietet sich der Inferent bezw. der bisherige Gründer mit dem neu zu übernehmenden Betrag jedem Gründer an, jeder Gründer bietet sich dem neu hinzutretenden Inferenten an, es findet auf jeder Seite stillschweigendes Accept statt.

b) Es nehmen nicht sämtliche Gründer Teil:

Ist eine Societas bereits zwischen den Gründern geschlossen und handeln die Teilnehmenden im Namen der Societas, so gestaltet sich das Verhältnis wie oben. Ist jedoch keine Societas geschlossen, bezw. vertreten die Teilnehmenden nicht die Societas, so dürfte nur das Accept der gegenwärtigen Gründer vorliegen, während jedoch auch den Abwesenden gegenüber das Offert gestellt wird. Es kann der Nichterschienene sich weigern, diesen Offerenten als Aktienübernehmer für den in dieser Verhandlung übernommenen Betrag anzuerkennen und auf der Zeichnerliste zu dulden. Der andere muss dann zurücktreten und hat

nur eventuell einen Schadensersatzanspruch gegenüber seinem Mitkontrahenten.

III. Grenzen der Gebundenheit:

Während für die Zeichnung die Notwendigkeit einer Einigung über die Dauer der Gebundenheit vorgeschrieben ist, ist diesbezüglich für die Aktienübernahme keine Bestimmung getroffen. Da jedoch eine zeitlich unbegrenzte Gebundenheit nicht beabsichtigt sein wird; so dürfte bei Mangel einer Zeitbestimmung nur Gebundenheit auf mässige Zeitdauer angenommen werden. [Behrend S. 724 A. 8, Ring S. 176]. Die Frist wird nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein, wobei für den Richter die in dem Zeichnungsscheine angegebene Zeitdauer einen Anhaltspunkt bieten dürfte.

§ 6. Zeichnung.

I. Wann kann gezeichnet werden?

Während schon nach früherem Rechte von den meisten Schriftstellern angenommen wurde, dass die wesentlichen Punkte des Statuts im Zeichnungsschein enthalten sein müssten, wurde es doch für möglich erachtet, dass die Feststellung des Statuts der Zeichnung nachfolge, wenn nur die Zeichnung auf einen Entwurf hin erfolgte, der die wesentlichen Punkte des künftigen Statuts enthielt. Hierüber Renaud S. 219 und in constanter Iudikatur das Reichsoberhandelsgericht, welches den die wesentlichen Punkte enthaltenden Statutenentwurf in dieser Beziehung dem Statute gleichstellt. [R. O. H. G. Bd. VII S. 274 ff, Bd. X S. 326, Bd. XI S. 378 ff, Bd. XIII S. 340, Bd. XVIII S. 36 S. 354 ff, Bd. XX S. 270 ff, Bd. XXIII S. 291].

Nach dem geltenden Rechte kann die Zeichnung erst nach Feststellung des Statuts stattfinden. Dieses ist aus art. 209c Abs. 2 Z. 1 zu lesen: Hier ist als ein für die Gültigkeit des Zeichnungsscheines notwendiger Bestandteil die Angabe des Datums des Statuts verlangt. Die Auslegung dieses Wortlautes, als ob auch die Angabe des Datums des erst später festzustellenden Statuts genügen würde, widerspricht dem Sinne des Gesetzes, wie die Motive deutlich ersehen lassen: „Indem der Zeichnungsschein auf das Datum des Statuts verweisen soll, nötigt er, dass dessen Feststellung der Zeichnung in allen Fällen voraus geht.“ [Voelderndorff S. 342].

II. Form der Zeichnung. — Zeichnungsschein.

1. Für das frühere Recht bestimmte art. 208 Abs. 3: „Zur Zeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.“ Welches jedoch die Wirkungen einer nicht schriftlich erfolgten Zeichnung seien, war damit noch nicht ausgesprochen. Allerdings stand nach ziemlich einstimmigem Urteil fest, dass im Falle einer nicht schriftlichen Zeichnung der Registerrichter die Eintragung versagen musste. Eine lebhafte Controverse bestand aber darüber, ob eine nicht schriftliche Zeichnung gar keine Rechtswirkung hervorbringe, ob insbesondere auf grund einer mündlichen Beteiligungszusage nicht auf schriftliche Abfassung des Zeichnungsscheines geklagt werden könnte. [Wiener, der A. G. Entwurf, S. 19, Hahn, a. a O. S. 22, Jolly S. 343, Pöhls S. 154, Renaud S. 248. R. O. H. G. Bd. XX S. 270, Bd. XXIII S. 289; dann R. G. Bd. I S. 242 ff. Bd. IV S. 308 f, Bd. VIII S. 5, Bd. XIV S. 93, Bd. XIX S. 194 f.]

2. Diese Fassung, welche sich noch im ersten Entwurf findet, erhielt jedoch im Gesetze nach Anregung Wieners (S. 19 u. 20) folgende Änderung: „Die (Aktien)-zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung.“ Dadurch ist für das geltende Recht zweifellos die Notwendigkeit der schriftlichen Form des Zeichnungsscheines bei Strafe der Ungültigkeit des Zeichnungsaktes sowohl gegenüber der Gesellschaft als unter den Kontrahenten festgestellt:

Eine mündliche Zusage entbehrt der rechtlichen Wirkung; die Gründer können, wenn eine solche mündliche Zusage stattgefunden, nicht auf Ausstellung eines Zeichnungsscheines klagen [Voelderndorff S. 330, Ring S. 223], andererseits können die Gründer nicht durch Klage zur Gestattung einer nochmaligen Zeichnung gezwungen werden. Es ist aber auch unmöglich, dass eine mündliche Zusage durch eine nachträgliche schriftliche Erklärung oder concludente Handlung rechtliche Wirksamkeit erlange, denn die mündliche Zeichnung ist ungültig und ein ungültiger Rechtsakt kann nicht durch nachträgliche Ergänzung der notwendigen Form geheilt werden.

Vollständig belanglos jedoch hinsichtlich der Wirkung unter den Parteien ist die mündliche Zusage nicht. So haftet z. B. der Gründer dem Zeichner, wenn durch die Schuld des Gründers keine rechtsgültige Zeichnung zu Stande kam für den vollen Schadensersatz. Ja sogar zweiseitige Rechtsbeziehungen können entstehen,

sofern in dieser Erklärung zugleich ein anderes Rechtsgeschäft enthalten ist, z. B. ein Mandat.

III. Inhalt des Zeichnungsscheines.

1. Im früheren Rechte war über den Inhalt des Zeichnungsscheines keine besondere Bestimmung getroffen, jedoch leitete man aus der Natur der Zeichnung selbst ab, dass die wesentlichen Punkte des Statuts aufgenommen sein müssten. [Wiener in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXIV S. 40, Primker S. 541 A. 8; über die Rechtsprechung oben S. 23.]

Im geltenden Rechte ist für den Zeichnungsschein ein ganz bestimmter Inhalt vorgeschrieben im art. 209e Abs. 1 u 2, insoferne gewisse Punkte enthalten sein müssen, gewisse Punkte nicht enthalten sein dürfen.

2. Wirkung der Nichtbeobachtung dieser Vorschriften.

Wenn auch im ersten Entwurf ein bestimmter Inhalt des Zeichnungsscheines verlangt war, so wurde doch dieser Forderung nur dadurch Nachdruck verliehen, dass durch art. 209d den Zeichnungsscheinen, welche diesen Erfordernissen nicht entsprachen, die Fähigkeit, zum Nachweis der Zeichnung des Grundkapitals zu dienen, abgesprochen wurde. Der Anregung Wieners [„der Aktiengesetz-Entwurf": S. 19 u. 20] folgend, gab man dem art. 209e im Gesetz die Fassung: „Zeichnungsscheine . . . . sind ungültig." Die Folge dieser Fassung ist, dass bei Fehlen auch nur eines dieser Erfordernisse der ganze Akt der Zeichnung rechtsungültig und nicht im Stande ist, auch nur zwischen Zeichnern und Gründern eine vertragsmässige Wirkung hervorzubringen:

Es kann also der Zeichner auf grund seines dem Gesetze nicht entsprechenden Scheines weder die Verabfolgung von Aktien noch die Aushändigung eines richtigen Zeichnungsscheines begehren, wie auch der Gründer weder eine Einzahlung noch auch die Ausstellung eines dem Gesetze entsprechenden Zeichnungsscheines verlangen kann. [Voelderndorff S. 345.]

Ausser diesem vom Gesetze als notwendig vorgeschriebenen Inhalte können von den Parteien in den Zeichnungsschein verschiedene andere Vertragsbestimmungen eingesetzt werden, Angaben, durch welche das Rechtsverhältnis zwischen Zeichner und Aktiengesellschaft modifiziert wird. Andererseits dürfen gewisse Vertrags-

bestimmungen nicht in den Zeichnungsschein aufgenommen werden und zwar ist dieses bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Zeichnungsaktes bestimmt: nemlich Vorbehalte und Beschränkungen in der Verpflichtung des Zeichners, welche dem gesetzlichen Inhalte oder der gesetzlich aus der Zeichnung folgenden Verbindlichkeit zuwiderlaufen, sind bei allenfallsiger Aufnahme in den Zeichnungsschein nicht nur ungültig, sondern bewirken auch Nichtigkeit des ganzen Zeichnungsscheines. Schon im früheren Rechte fühlte man, dass die Aufnahme von solchen Bedingungen und Beschränkungen in den Zeichnungsschein nicht zulässig sei und man folgerte aus dem Umstande, dass das Gesetz die Kundgebung des ganzen Vertragsinhalts vor seinen Organen aus Gründen des öffentlichen Wohles zum Schutze des gutgläubigen Dritten forderte, dass der Vertragswille ausschliesslich nach dem Inhalte dieser Kundgebung gegenüber der Gesellschaft Rechtswirksamkeit erlange. Solche dem gesetzlichen Inhalte widersprechende Angaben im Zeichnungsscheine hielt man für ungültig, ohne jedoch im Gegensatz zum geltenden Rechte den ganzen Zeichnungsschein für ungültig zu erklären.

Im geltenden Rechte können solche Beschränkungen und Verpflichtungen unter den Parteien nur mündlich vereinbart werden; diese Bestimmungen haben unter den Parteien Wirkung nach Massgabe des bürgerlichen Rechtes, sodass der Zeichner gegen den Gründer aus dem Vertrage auf Befreiung von der Verbindlichkeit oder auf Schadensersatz klagen kann, wenn er trotz dieser Vertragsbestimmung von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird.

IV. Convalezcenz.

Die Härte, die in diesen Bestimmungen liegt, ist durch die Möglichkeit einer Convalescenz gemildert worden (art. 209c Abs. 3).

1. Voraussetzungen der Convalezcenz sind:

a) Eine schriftliche Zeichnungserklärung, welche die in Abs. 1 des art. 209e verlangten Bestimmungen enthält.

b) Eintragung der Aktiengesellschaft.

c) Ein concludentes Verhalten.

Dieses Verhalten wird erblickt:

α) in jedem Abstimmen in der Errichtungsversammlung; hiebei ist es gleichgültig, ob er in negativer oder positiver Weise seine Stimme abgegeben hat. [Voelderndorff

S. 350, Ring S. 227, Behrend S. 735 A. 9]; er spricht eben dadurch, dass er sich überhaupt an der Generalversammlung durch seine Abstimmung beteiligt, stillschweigend den Verzicht auf die Einrede gegen seine Verpflichtung aus.

β) in dem Ausüben von Rechten und Pflichten als Aktionär. Es handelt sich hier um solche Rechte und Pflichten, welche nach art. 216 ff. dem Aktionär zustehen, wobei im einzelnen Falle die richterliche Prüfung zu entscheiden hat, ob der Zeichner diese Rechte und Pflichten als Aktionär ausüben wollte. In diesem Sinne lässt sich auch die scheinbare Controverse, ob in dem Fordern der Bilanz ein concludentes Handeln erblickt werden müsse oder nicht, in befriedigender Weise lösen. [In teilweis scheinbaren Widersprüchen Voelderndorff S. 350, Kayser S. 85, Behrend S. 735 A. 10, Petersen u. Pechmann S 53, Staub S. 350, Ring S. 227].

2. Hinsichtlich der Wirkungen, welche durch diese Convalescenz herbeigeführt werden, bestimmt das Gesetz, dass dann die Zeichner der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet seien. Dass der Ausdruck „wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine" gewählt ist, hat seinen guten Grund darin, dass die im gültig gewordenen Zeichnungsscheine enthaltenen, dem gesetzlichen Inhalte widersprechenden Bestimmungen als gar nicht aufgenommen betrachtet werden dürfen, [Ring S. 227 u. S. 350], während man für das frühere Recht annahm, dass im Falle der Eintragung diese Beschränkungen auch gegenüber der Gesellschaft Wirksamkeit erlangten. [Wiener, in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXIV S. 471 und 472].

Andererseits darf dieser Wortlaut nicht so ausgelegt werden: „aus einem sc. der gültigen Zeichnungsscheine", so dass also der Zeichner alle Festsetzungen der anderen etwa gültigen Zeichnungsscheine gegen sich gelten lassen müsste, selbst wenn diese Bestimmungen im Statute nicht enthalten sind. Vielmehr wird die Verbindlichkeit eines ursprünglich nicht verpflichteten Zeichners lediglich nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages und den dem Gesetze entsprechenden Bestandteilen des ungültigen Zeichnungsscheines selbst zu bemessen sein. [Ring S. 227].

§ 7. Rechtliche Natur der Zeichnung.

I. Ist die Zeichnung Handelsgeschäft?

1. Die Annahme eines Handelsgeschäftes für die Zeichnung fand mehrfach Billigung unter folgender Begründung: Jede Aktiengesellschaft ist nach art. 208 eine Handelsgesellschaft; alle Geschäfte einer Handelsgesellschaft, sofern sie zu deren Betriebe gehören, sind Handelsgeschäfte nach art. 273 Abs. 1. Die Aktienzeichnung ist das erste zum Betriebe der Handelsgesellschaft gehörige Geschäft und deshalb Handelsgeschäft. — Mit Recht ist dagegen geltend gemacht worden, dass abgesehen von der Streitfrage, ob überhaupt ein Rechtsgeschäft zwischen Zeichner und Aktiengesellschaft vorliegt, feststeht, dass zur Zeit der Aktienzeichnung die Aktiengesellschaft noch nicht in's Leben getreten ist. Infolgedessen ist es unmöglich, dass diese Zeichnung das erste zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörige Geschäft sei, „weil die Zeichnung als eine Vorbedingung für das Zustandekommen der Aktiengesellschaft der Entstehung und dem Geschäftsbetriebe derselben überhaupt vorangeht". [R. G. Bd. IV S. 311; Goldschmidts Handbuch 2. Auflg. Bd. 1. § 77 S. 662 A. 26].

Andere versuchten es, die Frage, ob die Zeichnung ein Handelsgeschäft sei oder nicht, nach der jeweiligen Absicht der Zeichner zu entscheiden, sodass ein Handelsgeschäft angenommen werden müsse, wenn der Zeichner die Aktie anschaffe zum Zwecke der Weiterveräusserung.

Dem dürfte entgegen zu halten sein, dass es sich bei der Zeichnung nicht um eine Anschaffung im Sinne des Handelsgesetzbuches, sondern um eine Kreierung von Aktien handelt. [Ring S. 222] wobei die Frage, ob die vom Reichsgericht Bd. XXII S. 127 vertretene Annahme, es handle sich im Falle der Simultangründung bei Aktienübernahme um ein Anschaffungsgeschäft im Sinne des Reichsstempelgesetzes, richtig sei, hier keiner weiteren Erörterung bedarf.

Es ist also der Zeichnung die Natur eines objektiven Handelsgeschäftes abzusprechen. [Voelderndorff S. 335, Endemann S. 205, Hergenhahn S. 56, Fuchsberger u. Gareis S. 323 B. 22, Staub S. 352, Ring S. 222, Behrend S. 734 A. 3].

2. Ist jedoch der Zeichner ein Kaufmann und erfolgte die Zeichnung im Betriebe seines Handelsgewerbes, so dürfte nach

art. 273 Abs. 1 u. art. 274 die Zeichnung als ein Handelsgeschäft anzusehen sein [Ring S. 222, Staub S. 352]. Fuchsberger u. Gareis S. 322 Bem. 22 sprechen der Aktienzeichnung die Natur eines subjektiven Handelsgeschäftes ab, weil die Zeichnung nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes gehöre, indem die Zugehörigkeit zum eigenen Gewerbe dadurch ausgeschlossen sei, dass der gezeichnete Betrag in dem Unternehmen einer fremden Firma festgenagelt werde. Dies scheint mir aber kein Grund zu sein, die Zugehörigkeit zum Betriebe des Handelsgewerbes des Zeichners auszuschliessen, da es sich eben um eine Spekulation handelt, die in letzter Linie doch wiederum seinem Handelsgewerbe zu gute kommen soll. [In ähnlicher Weise Staub S. 352].

Dem Umstande jedoch, dass ein Teil oder sämtliche Mitkontrahenten des Zeichners Kaufleute sind, spricht Ring S. 222 jeden Einfluss auf die rechtliche Construktion ab, da die in der Zeichnung liegende Offerte nicht an den einzelnen Gründer oder Zeichner, sondern an die Gesamtheit der Aktienanwärter gerichtet sei. Da ich jedoch den einzelnen Gründer als Kontrahent ansehe und nicht als Vermittler, so macht für mich die Kaufmannseigenschaft der Gründer bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Zeichnung zu einem Handelsgeschäfte; andererseits kommt die Kaufmannseigenschaft der übrigen Zeichner nicht in Betracht, da in der Zeichnung nur eine Offerte an die Gesamtheit derselben zu erblicken ist.

II. Ist die Zeichnung Offerte?

1. Vor dem neuen Aktiengesetz bestand ein lebhafter Streit darüber, ob in der Zeichnung die Annahme einer bereits in der Aufforderung zur Zeichnung liegenden Offerte zu erblicken sei, oder ob erst die Zeichnung die Offerte zum Abschluss des Zeichnungsvertrages enthalte:

a) Die eine Ansicht ging dahin, dass in jeder Aufforderung zur Zeichnung, gleichgültig, ob sie an bestimmte oder unbestimmte Dritte gerichtet sei, bereits eine Offerte, die durch die Zeichnung angenommen würde, liege, sodass der Akt der Zeichnung den Abschluss des Rechtsgeschäftes bilde. [Renaud S. 245, Auerbach S. 232]. Die Vertreter dieser Ansicht stützten sich darauf, dass notwendiger Weise die Zeichner sofort mit der Zeichnung gebunden sein

müssten, da sonst die einzelnen Zeichner immer noch zurücktreten könnten und die Projektanten in Unkenntnis über die Aufbringung des Grundkapitales schwebten. Als weiteren Verteidigungsgrund führten sie die Möglichkeit einer nur nach bestimmten Grundsätzen zulässigen Reduktion in's Feld.

b) Dieser Ansicht traten andere mit der Behauptung entgegen, dass die Aufforderung nur ein Angebot, Offerten zu machen, enthalte, und dass erst die Zeichnung als ein Offert an die Projektanten zu erachten sei, sodass also das Rechtsgeschäft erst durch nachträgliche Annahme der Zeichnung zu stande komme. [Puchelt 1. Aufl. S. 299, Jolly S. 353]. Die Vertreter dieser Ansicht stützten sich darauf, dass die Aufforderung viel zu allgemein sei, um als eine Offerte angesehen werden zu können und weiter führten sie als Beweisgrund die Möglichkeit einer beliebigen Reduktion an.

c) Einen vermittelnden Standpunkt nahm eine dritte Reihe von Schriftstellern ein, indem sie die Möglichkeit der Natur einer Offerte sowohl für die Aufforderung, wie für die Zeichnung selbst zugaben und zwar behaupteten

α) die einen, dass einerseits bei der Aufforderuug an bestimmte Personen eine Offerte vorliege, während andererseits die Aufforderung an unbestimmte Personen lediglich die Anregung, Offerten zu stellen, enthalte. [Hahn a. a. O. § 11].

β) Die anderen vertraten den Standpunkt, dass es sich nach allgemeinen Grundsätzen entscheide, ob in der Aufforderung eine Offerte liege oder nicht und zwar sei die Quelle der Entscheidung der concrete Inhalt zur Aufforderung. Sei aus dem veröffentlichten Prospekte ein wirklicher Vertragswille herauszulesen, so liege darin eine Offerte ad certam bezw. incertam personam. Die gehörige und rechtzeitig erfolgte Subskription bilde dann die Annahmehandlung. [Primker S. 541].

2. Für das geltende Recht schliessen sich die meisten Commentatoren der von den Motiven vertretenen Anschauung an, welche unbedenklich sich dahin aussprechen, dass die Zeichnung eine bindende Offerte zum Vertragsschluss enthalte, dass also die

Erlassung des Prospektes lediglich Aufforderung, Offerten zu machen, sei. [Motive A. S. 160 ff. B. 104 ff.; Voelderndorff S. 332, Endemann S. 206, Kayser S. 85, Gareis S. 228, Fuchsberger u. Gareis 324 u. 408, Hergenhahn S. 57, Staub S. 351 u. 352, Ring S. 221].

Diesen stellen sich Petersen u. Pechmann S. 48 A. 2 entgegen, welche in conträrer Weise in jeder Zeichnung die Annahme der in der Aufforderung der Gründer liegenden Offerte erblicken, während Behrend S. 738 A. 9 eine mittlere Ansicht vertritt.

a) Die Motive suchen ihre Behauptung mit der Thatsache zu begründen, dass die Projektanten sich an das Publikum und nicht an bestimmte Personen wenden, während durch die Zeichnung nur ganz bestimmten Personen gegenüber, nemlich den Gründern, eine Erklärung abgegeben werde.

Da aber durch das neue Gesetz die Notwendigkeit des Erlasses eines öffentlichen Prospektes verworfen wurde, kann es sehr leicht vorkommen, dass die Gründer ihre Aufforderung nicht an die Allgemeinheit, sondern an einen beschränkten Kreis von Personen oder sogar durch briefliche Mitteilung an einzelne ganz bestimmte Personen ergehen lassen. Aber selbst wenn an einen unbestimmten Personenkreis die Aufforderung gerichtet ist, so würde diese Thatsache allein die Möglichkeit der Annahme einer Offerte noch nicht ausschliessen, da eine Offerte ad incertam personam gemeinrechtlich für gültig zu erachten ist.

Als weiterer Grund wird von den Motiven geltend gemacht, dass die Gründer verpflichtet sind, die Ernsthaftigkeit der Beteiligung zu prüfen, dass sie auf die Zahlungsfähigkeit bei Strafe der eigenen Haftung Rücksicht zu nehmen haben, dass somit das Gesetz den Gründern Recht und Pflicht zur Zurückweisung von Zeichnern gebe. Dagegen: Dieses thatsächlich bestehende Verhältnis zwingt nicht zur Annahme, dass die Aufforderung nicht in dem einen oder anderen Falle eine Offerte enthalten könne. Abgesehen von der später zu erörternden Frage, ob nicht im Falle der anfänglichen oder nachträglichen Zahlungsunfähigkeit eine Anfechtbarkeit des zwischen Gründer und Zeichner bestehenden Rechtsverhältnisses begründet wird, kann man doch darin keine Ungerechtigkeit

des Gesetzes erblicken, wenn der Gründer deshalb in Anspruch genommen wird, weil er leichtsinniger Weise von vornherein durch seine in der Aufforderung liegende Offerte sich gebunden hat, obwohl er die Möglichkeit gehabt hätte, die Aufforderung in einer Weise abzugeben, dass in ihr keine Offerte hätte erblickt werden können. Wird ja doch auch, wenn in der Zeichnung die Offerte liegt, der Gründer durch Annahme der Offerte gebunden!

Auch der Umstand, dass die Gründer leicht mehr Accepte als Aktien haben könnten [Simon in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXXVI 358, Staub S. 352, Ring S. 222] dürfte nicht ausschlaggebend sein, da dieses Massverhältnis durch die Reduktion ausgeglichen werden kann.

b) Andererseits möchte ich mich aber auch gegen die von Petersen u. Pechmann S. 48 A. 2 begründete Ansicht wenden, wonach die Zeichnung in keinem Falle eine Offerte enthalten könne, dass vielmehr in jedem Falle die Aufforderung eine Offerte bilden müsse.

Gegen diese Annahme spricht der Umstand, dass die Aufforderung zur Zeichnung eine so allgemeine und ungenügende sein kann und meistens auch sein wird, dass in derselben noch keine Offerte, durch deren Annahme bereits der Vertrag geschlossen wäre, erblickt werden kann. Weil im Gesetze kein Anhaltspunkt gegeben ist, wann die Annahme der eventuell in der Zeichnung liegenden Offerte zu erfolgen hat, darf ich doch nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass deshalb die allgemeinen Grundsätze über die Offerte durchbrochen werden!

c) Somit schliesse ich mich der mittleren, von Behrend S. 738 A. 9 vertretenen Ansicht an:

Nicht jede Aufforderung zur Zeichnung enthält eine Offerte zum Abschluss des Vertrages, ja sogar in den meisten Fällen wird erst die Zeichnung die Offerte bilden. Jedoch ist es möglich, dass schon in der Aufforderung eine Offerte der Gründer gesehen werden kann. Ob in der Aufforderung eine Offerte zu erblicken sei oder nicht, ist im concreten Falle aus der Absicht der Auffordernden und aus der Fassung der Aufforderung zu entscheiden. Ist die Aufforderung dergestalt gefasst, dass alle nach dem Gesetze

und dem Willen der Gründer wesentlichen Punkte enthalten sind und hatte der Gründer bei Erlass der Aufforderung den Willen, dadurch eine bindende Erklärung abzugeben und sich jedem, der durch die Zeichnung diese Erklärung annehme, zu verpflichten, so liegt darin eine Offerte. Diese Absicht wird meistens bei Aufforderungen an ganz bestimmte Personen vorhanden sein; jedoch ist die Ansicht Hahns, als ob in diesem Falle immer eine Offerte vorliegen müsse, ebensowenig stichhaltig, wie die weitere These, dass bei einer Aufforderung an unbestimmte Personen nie eine Offerte gegeben sein könne. Der Wille, durch die Aufforderung eine bindende Erklärung abzugeben, braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, sondern kann sich schon aus den Umständen ergeben: z. B. wenn der Gründer in der Aufforderung sich das Recht einer nach einem gewissen Masstab vorzunehmenden Reduktion vorbehalten hat.

III. Reduktion bei Überzeichnung.

Mit dieser Auffassung der rechtlichen Natur der Aufforderung und Zeichnung hängt die Frage der Zulässigkeit der Reduktion bei Überzeichnung zusammen.

1. Im früheren Rechte vertraten die, welche erst in der Zeichnung eine Offerte erblickten, die Möglichkeit einer beliebigen Reduktion [Jolly S. 354], während die anderen die Reduktion nur nach einem ganz bestimmten Masstabe zulassen wollten, und zwar fassten die einen sie als stillschweigende Resolutivbedingung auf [Hahn a. a. O.], die anderen verlangten, dass die Reduktion ausdrücklich ausgesprochen würde [Auerbach S. 234, Renaud S. 254], die dritten erklärten sie nur in der Weise zulässig, dass die überzählig Gezeichneten wegfallen müssten [Brinkmann S. 240] und endlich wurde von anderer Seite betont, dass sie nur ein Recht der Gründer, nicht auch der Zeichner sei [Renaud S. 254].

2. Für das geltende Recht dürfte diese Frage folgendermassen zu beantworten sein:

Liegt in der Aufforderung eine Offerte, so ist die Reduktion nur dann statthaft, wenn die Zulässigkeit und der Masstab derselben in die Aufforderung aufgenommen ist oder aus der Art und

Weise derselben sich ergibt. Die Reduktion ist hier als stillschweigende Resolutivbedingung zu erklären.

Liegt in der Aufforderung keine Offerte, so ist das Recht beliebiger Reduktion zuzugestehen.

Die Reduktion bildet immer nur ein Recht des Gründers und der Zeichner kann nicht Reduktion, d. h. anteilsweise Befreiung von seiner Verpflichtung verlangen, denn die Intention ist immer die, nur den Gründer zum anteilsweisen Rücktritt von dem mit den einzelnen Zeichnern geschlossenen Vertrag zu berechtigen.

IV. Annahme der Offerte.

Wenn in der Zeichnung die Offerte an die Gründer zu erblicken ist, so fragt es sich

1. Ob diese Offerte an jeden einzelnen Gründer oder an die Gesamtheit der Gründer gerichtet ist. Primker S. 540 nimmt an, dass die Offerte an die jedesmal vorhandenen Kontrahenten gerichtet sei, sodass erst dem letzten Zeichner die Gesamtheit der übrigen Zeichner gegenüber steht, während Ring S. 222 diese Offerte eines jeden Zeichners an die Gesamtheit der Aktienanwärter, sowohl Gründer wie Zeichner, für gerichtet erachtet. M. E. liegt in der Zeichnung einmal eine Offerte an jeden einzelnen Gründer bezw., wenn eine Gründergesellschaft besteht, an diese, und ausserdem noch eine 2. Offerte an die Gesamtheit der Zeichner, welche von der an die Gründer gerichteten Offerte wesentlich verschieden ist und in jedem Falle, selbst wenn die Zeichnung keine Offerte an die Gründer ist, in der Zeichnung enthalten sein muss.

Die Entscheidung dieser Frage hängt mit der Auslegung des durch die Zeichnung begründeten Rechtsverhältnisses zusammen und wird dort des Näheren erörtert werden.

2. Daran schliesst sich eine weitere Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Annahme der Offerte. Während Ring die Annahme nur durch sämtliche Aktienanwärter für zulässig erachtet, unterscheide ich, ob die Offerte an den einzelnen Gründer oder an die zwischen den Gründern eventuell bestehende Gesellschaft gerichtet ist. Für den letzteren Fall konnte man sich im früheren Rechte nicht ganz einigen, indem die einen glaubten, dass selbst bei Vorliegen einer Gründersocietät die Zeichner nur gemeinsam angenommen werden könnten, da die Gründer sich nur gemeinsam zur Auf-

bringung des Grundkapitels verpflichtet hätten [Jolly S. 335, Renaud S. 223], während andere das Recht der Annahme von Zeichnern als ein societätsmässiges Recht betrachten, welches jedem einzelnen Gründer zustehe, sodass es ausdrücklich ausgesprochen werden müsste, wenn nur die Gründer zusammen das Recht der Annahme hätten. [Hahn a a. O. § 9].

M. E. hängt dieses ganz von dem Inhalte des zwischen den Gründern als Projektanten eventuell bestehenden Vertragsverhältnisses ab, wobei ich für den Fall der Societät im Zweifel jeden zur Acceptation der Offerte im Namen der Societät für befugt erachte. War der Gründer berechtigt zur Annahme im Namen der Gesellschaft, so kann der angenommene Zeichner gegen die Gründergesellschaft auf Erfüllung der aus der Annahme entspringenden Verpflichtungen klagen. Eine solidarische Haftung sämtlicher Gründer ist aber nicht anzunehmen, da keine Handelsgesellschaft gegeben ist.

Jedoch um Aktionär werden zu können, bedarf es einer Annahme von sämtlichen Gründern; denn in der Einreichung des Aktionärverzeichnisses zum Handelsregister muss eine Annahme der Offerte erblickt werden und dieses Aktionärverzeichnis muss nach art. 210 Abs. 2 Z. 2 von den Gründern unterzeichnet sein.

Also die Annahme der Zeichnung durch den Einzelnen hat der Aktiengesellschaft gegenüber keine Bedeutung, sondern verpflichtet nur den Annehmenden, für den Fall, dass er die Übrigen nicht zur Annahme zu bewegen im Stande ist, zum Schadensersatz gegenüber den von ihm Angenommenen.

3. Die Annahme der Offerte erfolgt spätestens bei Anmeldung des Gesellschaftsvertrages durch Einreichung des Aktionärverzeichnisses. [Motive A 160, B 104, Hergenhahn S. 57, Staub S. 351]. Wenn Ring S. 260 die Annahme erst in der Errichtungsversammlung für möglich hält, so basiert dieses auf der prinzipiell verschiedenen Auffassung über das durch die Zeichnung entstehende Rechtsverhältnis.

Wenn die Offerte durch die Anmeldung spätestens angenommen wird, so wird der Vertrag perfekt spätestens durch Kenntnisnahme der Acceptation, also durch Berufung zur Errichtungsversammlung. [Fuchsberger u. Gareis].

Dieses schliesst jedoch keineswegs aus, dass nicht schon vorher eine Annahme erfolgen könnte, entweder durch ausdrückliche

Erklärung oder durch concludente Handlungen z. B. durch Zuteilung eines bestimmten Betrags von Aktien [Motive; Endemann S. 206], oder durch Berufung zu der der Errichtungsversammlung vorgehenden constituierenden Versammlung, endlich bei Vorliegen eines Handelsgebrauches schon durch bloses Stillschweigen. [Primker S. 541 A. 7, R. O. H. G. Bd. XIV S. 301, Behrend S. 739 A. 11].

Die durch die Zeichnung begründeten Rechtsverhältnisse.

§ 8. Die einzelnen Theorien.

Welches die rechtliche Natur des durch die Zeichnung bezw. durch Annahme der in der Zeichnung liegenden Offerte entstehenden Rechtsverhältnisses sei, ist auf das lebhafteste bestritten.

I. In der Zeit vor dem neuen Gesetze waren folgende Theorien vertreten.

1. Das durch die Zeichnung geschaffene Rechtsverhältnis ist ein zweiseitiger Vertrag und zwar ein Societätsvertrag [Jolly u. Witte].

Es sei ein Gesellschaftsvertrag mit Rechten und Pflichten der Zeichner, der durch Annahme von Seiten der Proponenten zu Gunsten der Dritten, d. i. der sämtlichen Zeichner, geschlossen werde, indem die ursprünglichen Proponenten das Zustandekommen des Vertrages zwischen sämtlichen Personen vermitteln. Dieser Vertrag wird in der Absicht geschlossen, dass das Objekt seiner Verbindlichkeit ein Teil des Vermögens des künftigen Aktienvereines werde, sodass also das Recht der socii zum Zwecke der Übertragung gebildet wird, was die Annahme einer fingierten Cession an den Aktienverein rechtfertigt.

2. Primker sieht in der Zeichnung ein pactum de ineunda societate im Anschlusse an die Nürnberger Protokolle, welche ein pactum de contrahendo annehmen: Nach Primker muss man unterscheiden den Fall, dass die Gründer lediglich selbständig und im eigenen Interesse auftreten mit der Erklärung, dass sie ein Aktienunternehmen gründen und zu dem Zwecke Zeichnungen entgegennehmen wollen, und den weiteren Fall, dass sie als eine Zeichnergruppe-Gründungscomité in Thätigkeit treten. In rechtlicher Beziehung unterscheidet sich der 2. Fall dadurch, dass der Zeichner sofort in die bereits vorhandene Gründersocietät einrückt. In beiden Fällen liegen Offerten von Seiten der Gründer vor, mit

deren Annahme Rechte und Verbindlichkeiten auf Seiten der Gründer und Zeichner erzeugt werden.

Jede Zeichnung ist nach Primker entweder Gründung einer Societät oder Beitritt zu einer Societät. Bei der Succesivgründung erwächst die Zeichnersocietät allmählig aus den succesiven Beitrittserklärungen und erlangt ihren Abschluss, sobald die letzte zur Erfüllung des Grundkapitals notwendige Zeichnung geschehen ist. Bis dahin liegt nur ein pactum de ineunda societate vor: Dieses pactum verliert seinen Charakter und wird zur Societas mit Unterbringung des Kapitals. Jedoch entsteht die Zeichnersocietät erst, wenn sich die zur Deckung des Kapitals erforderlichen Reflektanten gegenseitig anerkannt haben. Dieses kann succesiv oder durch einheitliche Erklärung geschehen. Der Gründer kann sich aber auch die Ausübung der Acceptationsrechte übertragen lassen, wobei er dann als Vermittler auftritt.

3. Mandatstheorie, vertreten durch Brinkmann, Brackenhöft, Beschorner:

a) Das Rechtsverhältnis zwischen Projektant und Aktienzeichner ist das eines Mandats: die Projektanten sind nur Ratgeber; sie bieten sich durch Mitteilung des Prospektes als Mandatare an. Derjenige, welcher zuerst zeichnete, ist der eigentliche Proponent; durch seine Erklärung, Aktien zu übernehmen, macht er den Projektanten zum Mandatar, der dahin beauftragt wird, auf grund des vorgelegten Planes durch Entgegennahme der erforderlichen Zeichnungen die Gesellschaft zu bilden; die später succesiv Beitretenden wiederholen diesen Auftrag. — Wenn jedoch die Projektanten selbst Aktienzeichner sind, so sind sie Proponenten proprio et mandatario nomine.

b) Die Verpflichtung unter den Zeichnern gründet sich auf ein pactum de contrahendo, indem diese sich durch den Projektanten zur Errichtung der Gesellschaft verpflichten. Der erste Zeichner, mag er Projektant sein oder nicht, ist Proponent der zu bildenden Gesellschaft; derjenige, welcher nachher zeichnet, nimmt jene Proposition an und wird selbst Proponent.

4. Theorie Hahns.

a) Zwischen Projektant und Zeichner besteht ein zweiseitiger Vertrag, aus welchem Rechte und Pflichten zwischen beiden

Kontrahenten erwachsen. Es entstehen ebensoviele selbständige und unabhängige Verträge als Zeichner vorhanden sind.

b) Das Verhältnis unter den Zeichnern gestaltet sich derart, dass der einzelne Zeichner gegen den anderen nur mittelbar durch die Projektanten eine Forderung auf Zahlung der von ihm gezeichneten Summe hat.

c) Auf die Gesellschaft gehen diese Rechte dadurch über, dass die mittelbaren Forderungen der Zeichner durch Constituierung der Gesellschaft unmittelbar auf diese übergehen, indem diese Gesellschaft an die Stelle der communio tritt und deren Rechte, die aus allen diesen indirekten Forderungen bestehen, erwirbt. Ausserdem cediert aber der Projektant seine unmittelbaren Rechte gegen die einzelnen Zeichner stillschweigend an die Gesellschaft.

Wenn jedoch der Zeichner zur Constituierung mitwirkt, bedarf es keiner fingierten Cession, dann gehen sowohl die indirekten, wie die direkten Forderungen unmittelbar auf die Gesellschaft über.

5. Kaufstheorie, begründet von Auerbach.

a) Das Verhältnis zwischen Gründer und Zeichner:

α) Es kommt zunächst das Rechtsverhältnis der Zeichner zu den Gründern qua Projektanten in Betracht, welche ursprünglich nur als Ratgeber auftreten, dann sich aber denjenigen gegenüber, welche sich am Projekte beteiligten, zu den im Programme zugesagten Handlungen verpflichten.

β) Ausserdem liegt noch ein Kaufvertrag vor zwischen Gründer und Zeichner. Der Kaufgegenstand ist die Aktienbeteiligung, der Kaufpreis der Emissionspreis. Die daraus entspringenden Rechte können von beiden Seiten mit der actio empti bezw. venditi geltend gemacht werden. Das ganze Verhältnis nennt Auerbach bald eine emptio venditio und zwar rei speratae, bald ein pactum de vendendo.

b) Unter den Zeichnern als solchen besteht kein Rechtsverhältnis.

c) Übergang der Rechte auf die Aktiengesellschaft: Die Projektanten haben den Kaufvertrag als negotiorum gestores

der Aktiengesellschaft geschlossen. Dadurch, dass die Aktiengesellschaft das Einzahlungsversprechen geltend macht, genehmigt sie die Geschäftsführung. Die Klage des negotiorum gestor gegen den Zeichner geht auf die Gesellschaft unmittelbar über durch eine fingierte ex iure cessio, sodass also der Zeichner zur Einzahlung mit einer actio utilis belangt werden könne.

6. Laband erblickt in der Zeichnung einen Innominatcontract nach der Formel do ut facias:

a) Der Gründer verpflichtet sich zur Constituierung = facere, der Zeichner dagegen zur Zahlung der Summe = dare.

b) Unter den Zeichnern besteht kein Rechtsverhältnis.

c) Der Aktienverein hat nur eine Klage ex iure cesso.

7. Einen einseitigen Vertrag zu Gunsten eines Dritten — des Aktienvereines — nimmt Renaud an:

a) Zwischen Gründer und Zeichner wird ein einseitiger Vertrag geschlossen, durch den regelmässig nur der Zeichner nicht auch der Gründer, letzterer nur ausnahmsweise, gebunden wird, sodass sich nur Pflichten, keine Rechte für den Zeichner ergeben.

b) Zwischen den Zeichnern unter einander besteht kein Rechtsverhältnis.

c) Der Zeichner wird aber nicht dem Gründer, sondern dem Aktienvereine selbst verpflichtet, es ist ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Wenn und soweit der Projektant selbst Rechte erwirbt, erlangt er diese nur als Stipulant eines Vertrages zu Gunsten Dritter.

8. Wiener erklärt das Rechtsverhältnis folgendermassen:

a. Zwischen Projektant und Zeichner besteht ein zweiseitiger Vertrag, durch welchen über die Einstellung in die Reihe der Contrahenten paktiert wird.

b) Zwischen den Zeichnern besteht ebenfalls ein Vertrag, jedoch kann dieser verschiedener Natur sein.

α) Das seltnere ist, dass durch Vermittelung der Gründer zwischen den Zeichnern der Vertrag geschlossen werde.

β) Wenn jedoch der Gründer nicht namens der gewonnenen Zeichner offeriert, kommt das Vertragsverhältnis so zu stande, dass jeder Zeichner jedem künftigen offeriert und die Offerte jedes früheren acceptiert unter der Voraus-

setzung, dass Teilnehmer für das gesamte Grundkapital sich finden.

γ) Die Aktiengesellschaft erlangt ihre Rechte dadurch, dass die Zeichner in ihrer Gesamtheit das Entstehen der juristischen Person durch Eintragung auf Grundlage des Vertrages verabredet haben.

II. Alle diese Theorien hinsichtlich der rechtlichen Construktion der durch die Zeichnung, bezw. Annahme der Zeichnung, begründeten Rechtsverhältnisse haben mehr oder weniger durch das Aktiengesetz vom Jahre 84 Erschütterung erlitten, da in demselben neue Anhaltspunkte zur Lösung dieser Frage gegeben sind.

Um zur richtigen Beantwortung zu gelangen, muss streng auseinandergehalten werden das Rechtsverhältnis a) der Zeichner zu den Gründern, b) der Zeichner unter einander, c) der Zeichner zur Gesellschaft.

ad a) Das Rechtsverhältnis zwischen Zeichnern und Gründern wird übereinstimmend als ein zweiseitiger Vertrag aufgefasst.

ad b) Um so bestrittener ist die Frage, ob überhaupt zwischen den Zeichnern ein Vertragsverhältnis vor Eintragung der Aktiengesellschaft besteht (Zeichnersocietät), wenn ja, wann dieses Vertragsverhältnis zum Abschlusse kommt.

ad c) Die grösste Schwierigkeit bietet die Frage, wie die Rechte und Pflichten aus der Zeichnung auf die Aktiengesellschaft übergehen.

α) Die einen nehmen einen Vertrag zu Gunsten Dritter, d. h. der Aktiengesellschaft an, sodass die Aktiengesellschaft unmittelbar Rechte gegen die Zeichner erwirbt [Gareis S. 228, Fuchsberger u. Gareis S. 324, 408].

β) Andere erblicken in dem Gründer bei Abschluss des Vertrages einen Stellvertreter der künftigen Aktiengesellschaft, sodass der Gründer unmittelbar, die Aktiengesellschaft mittelbar berechtigt wird. [Endemann S. 205; Behrend].

γ) Endlich eine dritte von Ring S. 279 ff. vertretene Ansicht hält zwar die Aktiengesellschaft für unmittelbar berechtigt, construiert jedoch den Rechtsvorgang auf eigenartige Weise: Es versprechen zwar die Beteiligten, jeder allen anderen, einen Vertrag zu schliessen. Aber zugleich vereinbaren sie den Gesellschaftsvertrag unter

der Voraussetzung der Entstehung. Damit fallen die Rechte aus der Beteiligung unmittelbar in das Herrschaftsgebiet der entstandenen Gesellschaft. Der Vertragswille kann den Personenverein auch mit Rechten aus den Beteiligungen unmittelbar begaben. Die Gesellschafter versprechen sich zwar einander, jedoch nur als Träger eines Personenvereines und setzen damit diesen selbst in die Herrschaft über ihre Rechte. [Diese Theorie stimmt im wesentlichen mit der von Wiener in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXIV S. 24, dann Bd. XI S. 336 ff., 598 ff. vertretenen, insbesondere von Negierung der von Hahn und Renaud aufgestellten Grundsätze ausgehenden Anschauung; cfr. auch oben S. 40].

§ 9. Rechtsverhältnis zwischen den Gründern und Zeichnern.

I. Kritik der einzelnen Theorien.

Die meisten Erklärungsversuche des zwischen Gründer und Zeichner durch die Zeichnung bezw. Annahme der Zeichnung entstehenden Rechtsverhältnisses leiden m. E. an dem prinzipiellen Mangel, dass die Doppelstellung des Gründers als Projektant und als Aktienübernehmer nicht stark genug betont wird. Ich glaube, dass nur das scharfe Auseinanderhalten dieser beiden, in einer Person vereinigten Funktionen den Schlüssel zur richtigen Lösung der Frage in die Hand gibt.

1. Zunächst dürfte daran festzuhalten sein, dass das Rechtsverhältnis zwischen Zeichner und Gründer auf einem Vertrage beruht, durch den beide Teile berechtigt und verpflichtet werden. Dieser von den Neueren einstimmig vertretenen Anschauung steht die Ansicht Renauds entgegen: Wenn dieser auch davon ausgeht, dass die Zeichnung die Annahme der in der Aufforderung liegenden Offerte sei, so hält er doch den Projektanten nicht in jedem Falle für gebunden. Der einfache und regelmässige Fall sei der, dass nur der Zeichner gebunden sei. Weder habe der Gründer die Absicht, ein ihn bindendes Rechtsgeschäft zu schliessen, noch der Zeichner die Absicht, den Gründer zu binden. Jedoch sei es möglich, dass je nach der Art der Einladung zur Aktienzeichnung in derselben eine auf Teilnahme am Aktienvereine gerichtete Zusage des Projektanten erblickt werden könnte.

Nach den Bestimmungen des geltenden Rechtes könnte Renaud, selbst wenn seine Deduktionen auf Richtigkeit beruhen würden, seinen Standpunkt hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Zeichner und gesetzlichem Gründer nicht mehr behaupten: Da nemlich jetzt jeder Gründer zugleich Aktienübernehmer sein muss, so ist es klar, dass er in derselben Weise, in welcher er die bindende Erklärung des Zeichners annimmt, auch diesem gegenüber eine bindende Erklärung zur Teilnahme an der Gründung der Aktiengesellschaft abgeben muss.

Eine andere Frage jedoch dürfte die sein, ob die Ansicht Renauds nicht aufrecht zu erhalten sei für das Verhältnis zwischen Zeichner und einem blos thatsächlichen Gründer bezw. dem Gründer in seiner Projektanteneigenschaft. Aber die Annahme, dass der Zeichner die Absicht gehabt hätte, sich durch eine bindende Erklärung in die Hand eines anderen zu geben, für den durch Annahme dieser Erklärung keine Verpflichtung entstünde, ist eine so gewagte und unglaubhafte, dass ihr nicht beigestimmt werden kann.

Das tiefer liegende Moment, welches Renaud zu dieser unhaltbaren Ansicht drängte, scheint mir überhaupt zu sein, dass derselbe in dem Bestreben, die Zeichnung selbst zum Abschluss des Rechtsaktes zu gestalten, bereits der Aufforderung zur Zeichnung in jedem Falle die Natur einer Offerte beigelegt hat. Denn er musste fühlen, dass der Projektant dann nicht durch die in der Zeichnung liegende angebliche Annahme der angeblichen Offerte gebunden werden konnte, wenn er gar nicht beabsichtigt hatte, mit seiner Aufforderung eine Offerte zu erlassen. Wenn aber wirklich eine Offerte vorgelegen ist, so entsteht auch durch deren Annahme eine Gebundenheit des Offerenten.

Es ergibt sich sonach ein nach beiden Seiten verpflichtendes und berechtigendes Rechtsverhältnis zwischen Zeichner und Gründer.

2. Dieses Rechtsverhältnis ist als eine emptio venditio oder ein pactum de vendendo erklärt worden. Mit Recht fand diese Construktion keine Billigung. Fehlt es doch an der Grundbedingung des Kaufes, nemlich an der Absicht des Tausches von Waare und Geld. Die unmittelbare Absicht der Gründer ist offenbar, wie Renaud S. 237 ausführt, die der Aufbringung des Grundkapitals der gewünschten Aktiengesellschaft und die unmittelbare Absicht der Zeichner geht auf Beteiligung an diesem Kapital. Eigentlich sind dies aber nur die Motive, aus welchen der primäre Geschäftswille

beider Contrahenten auf Entstehung der Gesellschaft, als einer condicio sine qua non für die Erzielung des gehofften Gewinnes, entspringt. Es beruht auf einer Verkennung der rechtlichen und thatsächlichen Verhältnisse, wenn man den Gründern die Absicht unterschiebt, als negotiorum gestores die erst in Entstehung begriffenen Aktienbeträge gegen Einzahlung an die Zeichner zu verkaufen. Ganz anders natürlich gestaltet sich der Fall, in welchem der Gründer sich der Gründersocietät gegenüber zur Aufbringung einer gewissen Anzahl von Aktien verpflichtet hat und diese dadurch von ihm bereits übernommenen Aktien auf dem Wege der Zeichnung noch vor Eintragung als res futurae bezw. speratae verkauft, was offenbar Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. VII S. 621 im Auge hat. Hier ist die Natur einer emptio venditio aufrecht zu erhalten, doch handelt es sich hier nicht um eine Primitivzeichnung.

3. Auch die Mandatstheorie allein führt nicht zu einer befriedigenden Lösung: Richtig ist, dass der Zeichner den Grunder verpflichtet, thätig zu werden zur Errichtung der Aktiengesellschaft und seinen Einfluss zu verwenden dahin, dass der Zeichner auch beteiligt werde. Lässt der Gründer es hier an der versprochenen Sorgfalt fehlen, so haftet er für den dadurch entstandenen Schaden. Aber ist der Zeichner dem Gründer gegenüber blos Proponent? Der Gründer hat doch offenbar auch einen Anspruch darauf, dass der Zeichner seiner versprochenen Verpflichtung, zur Gründung der Aktiengesellschaft mitzuwirken und die gesetzliche und statutarische Einzahlung zu leisten, nachkommt.

4. Vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus ist auch die Annahme, es beruhe das Verhältnis zwischen Zeichner und Gründer auf einem Societätsvertrag, zu verwerfen: Denn es müsste dann, da in analoger Weise bereits durch die Übernahme eine Societät zwischen sämtlichen Gründern entstanden, der einzelne Zeichner durch Abschluss eines Societätsvertrages mit dem einzelnen Gründer im Namen der Gründersocietät ebenfalls Mitglied dieser bereits bestehenden Gründersocietät werden; auf diese Weise müssten succesive alle Zeichner Mitglieder der Societät werden, und sobald der letzte gezeichnet, hätten wir jetzt eine Gesellschaft, welche auf grund des Statutes errichtet ist und die Gesamtheit der Zeichner und Gründer umfasst. Welche rechtliche Bedeutung soll aber dann noch die Errichtungsversammlung haben, in der doch nach dem geltenden Rechte die Errichtung der Gesellschaft erfolgt?

Auch dürfte die ganze Construktion äusserst kompliziert sein, da durch Zutritt jedes neuen Zeichners die Societät sich erneuern würde, und so die ursprüngliche Gründersocietät erst nach einer langen Reihe von Metamorphosen sich als Aktiengesellschaft entpuppen könnte.

Zwar scheint auch Ring das zwischen Gründer und Zeichner durch die Zeichnung entstehende Rechtsverhältnis als eine Societät aufzufassen, doch hat dieses seinen logischen Grund darin, dass dieser, allerdings in nicht richtiger Weise, das Zustandekommen dieses Rechtsverhältnisses in der Errichtungsversammlung verlegt, indem erst hier die Annahme der in der Zeichnung liegenden Offerte erfolgen könne.

II. Versuch der richtigen Construction:

Ich fasse das durch die Zeichnung bezw. durch Annahme der Zeichnung zwischen Gründer und Zeichner entstehende Rechtsverhältnis folgendermassen auf:

1. Jeder einzelne Zeichner schliesst mit den Gründern einen 2seitigen Vertrag. Die Absicht beider Vertragsteile bei Abschluss desselben ist auf das Zustandekommen der künftigen Aktiengesellschaft gerichtet und zwar will einerseits der Gründer primär die Entstehung der Aktiengesellschaft, um aus derselben Gewinn zu ziehen, und deshalb sammelt er die Beteiligungserklärungen der Aktienzeichner; andererseits will der Aktienzeichner primär die Entstehung der Aktiengesellschaft, um an deren Gewinne sich beteiligen zu können, und deshalb verpflichtet er sich zur Errichtung dem Gründer gegenüber. Damit aber der Aktienverein als solcher entstehen könne, muss eine Gesellschaft mit einem bestimmten Grundkapital gegründet werden, deren Mitglieder die sämtlichen Aktienanwärter sind und die auf dem in der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung festgestellten Statut beruht. Diese Gesellschaft wird erst in der constituierenden Generalversammlung errichtet, indem hier erst der Gesellschaftsvertrag geschlossen wird. [Siehe § 18.] Um diese Errichtung der Gesellschaft zu ermöglichen und zu sichern, verpflichten sich beide Contrahenten in bindender Weise, diese Gesellschaft, welche vor Eintragung nur Societätscharakter hat, zu gründen und zwar, da diese Gesellschaft ein bestimmtes Grundkapital haben muss, verspricht einmal der Zeichner, einen gewissen

Teil an dem Grundkapital aufzubringen, indem er gegen Zahlung für diesen Betrag Aktien übernimmt, andererseits verpflichtet sich auch der Gründer, an der Aufbringung des Grundkapitals teilzunehmen, soweit er in der gerichtlichen und notariellen Verhandlung Aktien übernommen hat oder übernehmen wird. Also die Contrahenten verpflichten sich, unter gewissen Bedingungen eine ganz bestimmte Gesellschaft innerhalb einer gewissen Zeit zu gründen bezw. an deren Gründung teilzunehmen und zudem das zur Gründung der Gesellschaft erforderliche Grundkapital durch Übernahme eines bestimmten Betrages zu decken.

Es wird also zwischen Gründer und Zeichner ein Vorvertrag auf Errichtung einer Societas, welche erst mit Eintragung zur juristischen Person wird, geschlossen: es ist somit ein pactum de ineunda societate durch die Zeichnung zwischen Gründer und Zeichner begründet.

2. Aber die Gründer sind nicht nur Aktienübernehmer, sondern auch Projektanten: Dieses Verhältnis der Zeichner zum Projektanten hat offenbar Mandatsnatur. Der Gründer erbietet sich als Projektant ausserdem noch eine gewisse Thätigkeit zu entfalten, um das Zustandekommen der Gesellschaft, zu deren Mitgründung der Zeichner sich verpflichtet hat, zu ermöglichen. Dieses Anerbieten nimmt der Zeichner an und es erteilt jeder Zeichner dem Projektanten den Auftrag, diese Thätigkeit zu entwickeln. Nimmt der Gründer diesen Auftrag an, — es kann aber schon in dem Anerbieten eine bindende Offerte gelegen sein — so verpflichtet er sich zur Vornahme dieser Handlungen und zwar haftet er bei Ausführung derselben für die diligentia eines „ordentlichen Geschäftsmannes". Da dieses ohne eine Gegenleistung, ohne einen Lohn geschieht, so haben wir ein Mandat; würde jedoch im einzelnen Fall eine Provision für diese Projektantenthätigkeit ausbedungen werden, dann hätten wir eine locatio conductio operarum, nach Umständen sogar operis.

Nehmen wir also den einfachen Fall der Unentgeltlichkeit an, so steht dieser Teil des Rechtsverhältnisses unter den gewöhnlichen Grundsätzen des Mandats, insbesondere übernimmt der Gründer die Pflichten jedes Mandatars und haftet als solcher für dolus und culpa bei Ausführung des Mandats. Diese Seite des Rechtsverhältnisses erlischt auch durch Tod: Durch den Tod eines Zeichners erlischt diesem Zeichner gegenüber die Verpflichtung des Mandatars, doch

wird der Gründer dem Erben gegenüber dieselbe durch stillschweigende Vereinbarung wieder aufnehmen. Sogar das Recht der Widerruflichkeit ist zuzugestehen, nur muss man im Auge behalten, dass durch diesen Widerruf keiner der Contrahenten von den durch das pactum übernommenen Verbindlichkeiten befreit wird und dass der Gründer immer noch den anderen Zeichnern und seinen Mitgründern gegenüber als Mandatar zur nemlichen Thätigkeit verpflichtet bliebe. Die Frage hinsichtlich der Tragung der Kosten: Gemeinrechtlich hat der Mandant die dem Mandatar erwachsenen Kosten zu tragen. Andererseits dürfte nemlich nicht zu bestreiten sein, dass die Gründungskosten im Falle des Misslingens, d. h. des Nichtzustandekommens der Gesellschaft, im Zweifel den Gründern aufzubürden sind. Vielleicht dürfte dieser Widerspruch so zu lösen sein: Der Gründer im gesetzlichen Sinn ist nicht nur Mandatarf sondern in jedem Falle auch Mandant. Es erteilt nemlich jeder Gründer durch Übernahme der Aktien jedem Mitgründer den Auftrag, die vorbereitenden Schritte vorzunehmen. Das natürliche wäre also, dass Gründer und Zeichner *zusammen* als Mandanten die Kosten zu tragen haben; dieses müsste auch der Fall sein, wenn nicht das pactum de ineunda societate das Verhältnis modifizieren würde; denken wir uns einen Augenblick, diejenigen, welchen von den Gründern und Zeichnern der Auftrag erteilt wird, seien dritte Personen, welche nicht mit den Gründern identisch wären, so wird niemand bestreiten, dass *möglicherweise* die Zeichner zu den Gründern sagen könnten: „Allerdings müssten wir mit Euch zusammen die Kosten den Mandataren ersetzen. Aber diese Spekulation ist uns zu gewagt und wir beteiligen uns gar nicht, wenn nicht ihr allein die Kosten übernehmt." Durch den Umstand jedoch, dass die Gründer als Mandanten physisch identisch sind mit diesen Mandataren, wird an der rechtlichen Seite dieses Verhältnisses nichts geändert. Es ist also die *Möglichkeit* gegeben, dass die Gründer, obwohl sie zugleich Mandatare sind, die Kosten der Ausführung des Mandats allein zu tragen haben.

Nun glaube ich aber, dass dieses nicht nur rechtlich *möglich*, sondern auch im einzelnen Falle stillschweigend vereinbart ist: Selbst wenn hiefür kein Handelsgebrauch nachgewiesen werden könnte, so dürfte diese Annahme einer stillschweigenden Verabredung nicht willkürlich sein, sondern drängt sich sofort bei Betrachtung der Art und Weise des Zustandekommens dieses Rechts-

geschäftes auf: Der Gründer ist es, welcher dem Zeichner den Rat erteilt, dieses pactum abzuschliessen und welcher ihn auch im eigenen Interesse zum Abschlusse zu bewegen sucht. Dabei stellt er dem Zeichner das Zustandekommen der Aktiengesellschaft in Aussicht. Der Zeichner ist aber misstrauisch und zurückhaltend und will sich nur dann auf das Rechtsgeschäft einlassen, wenn er nicht im Falle des Misslingens ausserdem noch die Kosten zu ersetzen hat. Es ist dieses auch recht und billig, denn der Gründer ist derjenige, welcher das meiste Interesse am Zustandekommen hat, er fordert die anderen zur Beteiligung auf, er ist der Spekulant, welcher die Conjunkturen des Weltmarktes kennen muss. Es beeinträchtigt also der Umstand, dass die Gründer im Zweifel die Kosten für den Fall des Nichtzustandekommens der Gesellschaft tragen müssen, die rechtliche Natur eines neben dem Pactum bestehenden Mandates zwischen Gründer und Zeichner nicht.

3. Das zwischen Zeichner und Gründer bestehende pactum de incunda soc. wird aber durch stillschweigende Bedingungen modifiziert.

a) Es ist dieses pactum geschlossen nur unter der stillschweigenden Bedingung, dass jeder Contrahent das Recht hat, noch im entscheidenden Momente, nemlich in der Errichtungsversammlung, gegen den Abschluss des beabsichtigten Gesellschaftsvertrages zu stimmen. Dieses steht aber nur scheinbar im Widerspruch mit der durch Zeichnung eintretenden Gebundenheit. Diese hierin abgegebene Erklärung ist nemlich schon jetzt bindend, weil der Contrahent zwar das Recht hat, gegen die Errichtung zu stimmen, dieser Opposition aber nur dann die gewünschte Wirkung beigelegt wird, wenn die Mehrheit der zusammentretenden Gesellschafter sich derselben anschliesst. Deshalb ist es unrichtig, wenn Fuchsberger u. Gareis hierin eine suspensive Bedingung erblicken.

Es liegt also Gebundenheit vor insoferne als der Rücktritt von einem Majoritätsbeschluss abhängig ist.

b) Wie aber bei vielen Vorverträgen, z. B. beim pactum de credendo, wollen sich auch hier die Contrahenten nur für den Fall binden, dass der Gegencontrahent jetzt und zur Zeit des Abschlusses des Hauptvertrages zahlungsfähig sei, widrigenfalls aus seiner Zahlungsunfähigkeit eine Einrede

erwächst, die natürlich durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht beseitigt werden kann.

Das Verhältnis zwischen Zeichner und Gründer gestaltet sich vor der Errichtung als ein neben einem Mandate bestehendes modifiziertes pactum de ineunda societate.

§ 10. Das durch die Zeichnung zwischen den Zeichnern unter einander begründete Rechtsverhältnis.

I. Im früheren Rechte war vielfach die Ansicht vertreten, es würde durch die Zeichnung infolge der Vermittelung der Gründer zwischen den Zeichnern unter einander ein Vertrag geschlossen.

1. Dieses Rechtsverhältnis wurde von der einen Richtung so aufgefasst, als ob durch die Zeichnung bezw. durch Annahme der Zeichnung von Seiten der Gründer ein pactum de ineunda societate zwischen sämtlichen Zeichnern geschlossen werden würde. Die societas, zu deren Abschlusse man sich hier verpflichten würde wäre für das geltende Recht die in der Errichtungsversammlung zwischen sämtlichen Gründern und Zeichnern geschlossene Gesellschaft. Diese Construktion ist aber unmöglich, da der Abschluss eines Vertrages bezw. eines Vorvertrages zwischen lauter unbekannten und unbestimmten Personen unzulässig ist.

2. Schon aus diesem Grunde ist die weitere Ansicht, es würde zwischen den sämtlichen Zeichnern durch die Zeichnung eine Societät geschlossen, für das frühere Recht unhaltbar. Vor allem sind aber aus dem neuen Aktiengesetze stichhaltige Gründe dagegen zu entnehmen, dass schon vor der Errichtungsversammlung durch die Zeichnung bezw. durch Annahme der Zeichnung durch die Gründer ein Societätsvertrag geschlossen wird. Es würde nemlich dadurch auf grund des Statuts eine Gesellschaft geschlossen werden, welche sämtliche Aktienanwärter umfasst. Dieses wäre aber dann der Abschluss des Vertrages über Errichtung der Aktiengesellschaft. Dieser kann aber erst in der Errichtungsversammlung zu Stande kommen. Art. 210a sagt nemlich: „Es wird im Falle der Succesivgründung eine Generalversammlung der im Verzeichnis angeführten Aktionäre zur Beschlussfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen.“ Also die Errichtung der Gesellschaft und damit der Abschluss des Societätsvertrages zwischen sämtlichen Gründern und

Zeichnern findet erst in der Errichtungsversammlung statt. Dieses ist auch der Standpunkt der Motive.

II. Aber auch die extreme Ansicht, wonach zwischen den Zeichnern überhaupt kein Vertragsverhältnis bestünde, dass also nicht einmal in der Errichtungsversammlung eine Zeichnersocietät geschlossen würde und dass die Zeichner zu einander in gar keine Rechtsbeziehung treten, scheint mir nicht haltbar. Es wird vielmehr in der Errichtungsversammlung eine Societät zwischen den sämtlichen Zeichnern geschlossen. Das Nähere hierüber später!

III. M. E. liegt in jeder Zeichnung, ganz abgesehen ob sie eine Offerte an die Gründer oder schon Annahme der Offerte der Gründer ist, ausserdem eine bedingt bindende Offerte an sämtliche Zeichner, dahin gehend, man verpflichte sich unter gewissen Voraussetzungen mit diesen und den Gründern in der Errichtungsversammlung die auf dem Aktiengesellschaftsvertrage beruhende Societät zu schliessen. Wir haben also eine Offerte an unbestimmte Dritte, deren Möglichkeit jedoch gemeinrechtlich zuzugeben ist. Diese Offerte, die an die sämtlichen vorhandenen und künftigen Zeichner gerichtet ist, kann erst in der Errichtungsversammlung angenommen werden, bis zu welchem Zeitpunkt der Offerent jedoch gebunden ist.

Das Eigentümliche hiebei ist, dass diese Offerte sich nicht an die einzelnen Zeichner wendet und deshalb auch nicht von diesen einzeln angenommen werden kann, sondern nur an die Gesamtheit der Zeichner gerichtet ist, die also eigentlich nur in ihrer Gesamtheit die in der Zeichnung liegende Offerte annehmen könnten. Diese mehreren Zeichner stehen allerdings, wie oben behauptet, vor dem Errichtungsbeschluss in keiner Vertragsgemeinschaft. Jedoch da diese sämtlichen Aktienanwärter ein gemeinschaftliches Interesse nemlich das auf Errichtung der Gesellschaft, haben, so besteht zwischen diesen eine Interessengemeinschaft. Diese Interessengemeinschaft wird durch positive Gesetzesbestimmung zu einem Mehrheitsverbande erhoben, ohne dass eine vertragsmässige Gemeinschaft besteht. Dass dieses Verhältnis rechtlich möglich ist, ist mit einem Hinweis auf andere derartige Mehrheitsverbände z. B. dem der Konkursgläubiger zu bejahen. [Ring S. 278]. In diesem Mehrheitsverbande erfolgt aber laut gesetzlicher Bestimmung die Annahme der Offerte schon durch einen in art. 210a Abs. 4 näher bezeichneten qualifizierten Mehrheitsbeschluss.

Diese Offerte steht aber auch unter der Bedingung, dass die durch die Zeichnung ausserdem an den Gründer gerichtete Offerte von diesem angenommen werde, falls nicht die Zeichnung selbst schon Annahme der vom Gründer ausgehenden Offerte ist.

§ 11. Wie kommt die Aktiengesellschaft in die Rechte aus der Zeichnung?

I. Viele nehmen an, es würde durch die Zeichnung bezw. durch Annahme der in der Zeichnung an die Gründer gerichteten Offerte ein Vertrag zu Gunsten der noch nicht existierenden Aktiengesellschaft geschlossen. Ganz abgesehen davon, dass ein Vertrag zu Gunsten eines noch nicht existierenden Dritten in seiner Zulässigkeit sehr bestritten ist, kann ich nach dem oben von mir vertretenen Standpunkt diese Anschauung nicht für richtig anerkennen: Es wird durch die Zeichnung bezw. Annahme der Zeichnung ein pactum de ineunda societate, welches ein Mandat in sich schliesst, vereinbart. Der Gründer wie der Zeichner verpflichtet sich in gleicher Weise, die societas, welche den notwendigen Durchgangspunkt für die Entstehung der Aktiengesellschaft bildet, zu gründen, wobei das Versprechen, sich an der Aufbringung des Grundkapitals beteiligen zu wollen, nur Mittel zum Zweck ist. Wie kann aber dann der Vertrag zu Gunsten des Aktienvereines, dessen Errichtung gerade den Inhalt des Vertrages bildet, geschlossen sein? Die Thatsache der Entstehung ist doch kein vermögensrechtlicher Vorteil für das entstandene Rechtssubjekt! Wenn nun auch die Gründer und Zeichner jetzt schon sich verpflichten, bestimmte Aktienbeträge der in's Leben zu rufenden Aktiengesellschaft zu übernehmen, so geschieht dieses nur deshalb, um die Gründung der Gesellschaft zu ermöglichen, denn ohne dieses Vorversprechen könnte nicht angemeldet werden, die Errichtungsversammlung könnte nicht stattfinden und somit wäre die Errichtung ausgeschlossen. Es fehlt also auch jede Absicht, durch diesen Vertragsschluss den Dritten, d. h. die Aktiengesellschaft, zu begünstigen, geschweige denn zur Klage zu berechtigen.

II. Auch gegen die Annahme einer negotiorum gestio der Gründer bei Abschluss des Zeichnungsvertrages spricht die Absicht der Kontrahenten: Der Gründer will offenbar nicht die noch nicht bestehende Aktiengesellschaft vertreten bezw. deren Geschäfte führen,

sondern er hat vielmehr ein eigenes vermögensrechtliches Interesse an dem Zustandekommen der Gesellschaft und schliesst deshalb das pactum nur in seinem eigenen vermögensrechtlichen Interesse, ohne überhaupt dabei an jemand anderen als sich selbst zu denken.

Weiter ergibt sich das Unlogische dieser Annahme schon aus der Thatsache, dass dann durch einen Vertrag, der die Entstehung einer juristischen Person bezweckt, die Geschäfte dieser noch nicht bestehenden Person geführt würden.

III. M. E. ist überhaupt der Grund der Berechtigung und Verpflichtung der Aktiengesellschaft nicht in dem durch Zeichnung bezw. Annahme der Zeichnung zwischen Gründer und Zeichner begründeten Verhältnis zu suchen, sondern in dem in der Errichtungsversammlung zwischen sämtlichen Gesellschaftern geschlossenen Vertrage. [Cfr. § 18 III 1 b.] Entspringen doch aus diesem Mandate bezw. pactum eine Reihe von Berechtigungen und Verpflichtungen, die überhaupt nicht auf die Aktiengesellschaft übergehen, sondern nur unter den Kontrahenten Wirkung erzeugen. [So auch Wiener in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XI S. 336.]

§ 12. Rechte und Pflichten aus dem Zeichnungsvertrage.

Aus dem pactum de ineunda societate, welches durch Aktienübernahme oder durch Zeichnung bezw. Annahme der Zeichnung geschlossen wird, entspringen folgende Rechte:

1. Gründer und Zeichner haben gegen einander ein Recht auf Mitwirkung an der Errichtung der Gesellschaft, d. h. auf Teilnahme an der Errichtungsversammlung; dieses kann aber nicht durch Klage geltend gemacht werden, sondern wird einfach durch Fiktion der Stimmabgabe für Errichtung der Gesellschaft erzwungen.

2. Gründer und Zeichner können von einander die Beteiligung an der Aufbringung des Grundkapitals mit den zugesicherten Beträgen verlangen.

3. Gründer und Zeichner können die Einzahlung der vertragsmässigen oder gesetzlichen Prozentsätze fordern.

Diesen Rechten entsprechen in gleicher Weise die Pflichten.

Aber ausserdem ergeben sich für den Gründer noch besondere Verbindlichkeiten und zwar

1. Aus dem pactum de ineunda societate

a) die Pflicht, im Zweifel die Kosten der Gründung für den Fall des Nichtzustandekommens der Gesellschaft zu tragen.
b) Die Haftung für dicta et promissa seiner Aufforderung. [Brinkmann S. 247, Auerbach S. 250, Primker S. 540, Hahn a. a. O. S. 24; Renaud S. 273 nimmt nur eine Haftung bei dolus an, was aber entschiedeu zu eng ist.]

2. Aus dem Mandate aber übernimmt der Gründer die Pflicht, die vorbereitenden Schritte zur Entstehung der Aktiengesellschaft zu thun. Er muss die Zeichnungen entgegennehmen und acceptieren, die Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrats und Vorstandes einberufen, die eingezahlten Beträge in Empfang nehmen und verwahren, das Aktionärverzeichnis herstellen, die Anmeldung besorgen etc. Bei Erfüllung dieses Auftrags haftet der Gründer für dolus und culpa, wobei als Massstab die diligentia eines ordentlichen Geschäftsmannes zu Grunde gelegt wird. Insbesondere hat also der Gründer die Pflicht, die Anwartschaft der Zeichner auf Aktien nicht zu vereiteln. Verletzt er diese Pflicht, so kann er nicht nur auf Schadenersatz belangt werden, sondern die Zeichner können ihn vielmehr auf Verschaffung der Aktien zwingen insofern, als sie ihn zur Herausgabe der von ihm selbst übernommenen oder gezeichneten Aktien nötigen oder auf Kosten des Gründers sich die Aktien selbst verschaffen. [Renaud S. 267.] Jedoch stehen die Gründer gewöhnlich nicht für den Erfolg ein, also dafür, dass auch die Aktiengesellschaft wirklich zu Stande kommt, oder die Zeichner wirklich Aktien bekommen; [dieses nimmt unrichtiger Weise Renaud S. 267 an.] Der Gründer verpflichtet sich nur zur Entfaltung einer Thätigkeit.

3. Ausserdem aber ist für die Gründer durch positive, auf handelspolitischen Erwägungen beruhende Bestimmungen der eingetragenen Gesellschaft gegenüber eine civil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit statuiert hinsichtlich ihrer in Erfüllung des Auftrages entwickelten Thätigkeit. Es ist dieses eine Haftung, die ihren Grund nicht in den bei der Gründung sich ergebenden Rechtsverhältnissen hat, sondern auf positiver Gesetzesvorschrift zum Schutze des zeichnenden Publikums beruht und erst nach der Errichtung der Gesellschaft eine rechtliche Bedeutung hat. Während des Errichtungsstadiums greifen gegenüber den Contrahenten die allgemeinen Grundsätze aus dem Mandate insbesondere wegen dolus und culpa unbeschränkt Platz. Ist aber die Aktiengesellschaft zur Existenz gelangt, so bleiben die Ansprüche der Contrahenten nur

soweit bestehen als nicht auch für die Aktiengesellschaft ein Schadensersatzanspruch nach den gesetzlichen Bestimmungen erwächst. [Motive A S. 184 ff. B. S. 119 ff.; R. Schmid, die civilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrecht; Kayser S. 104, Staub S. 375, Voelderndorff S. 112, Ring S. 301]. Wenn jedoch der Ersatsanspruch der Aktiengesellschaft den besonderen Schaden des Zeichners nicht deckt, so kann trotzdem nicht vom Einzelnen unmittelbar der Gründer belangt werden, ja nicht einmal der Schadensersatz, soweit er über den von der Gesellschaft geltend gemachten hinausgeht, kann beansprucht werden.

§ 13. Pflicht sofortiger Einzahlung.

I. Pflicht zur Einzahlung.

1. Kraft Gesetzes muss $^1/_4$ des Nominalbetrages und für den Fall einer Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nominalbetrag auch der Mehrbetrag eingefordert werden (art. 210 Abs. 3).

2. Es kann auch im Gesellschaftsvertrage der Zeichner zur Einzahlung eines noch höheren Betrages vor der Eintragung verpflichtet werden.

Die Einzahlung hat auf jede Aktie zu erfolgen. Mit Recht folgert daraus Behrend S. 727 A. 5, dass es nicht zulässig ist, Zahlungen, welche auf bestimmte Aktien geleistet worden sind, auf andere, wenngleich demselben Aktionär gehörige Aktien zu verrechnen. Dass die Zahlung durch einen Dritten geschehen kann, ergibt sich nach allgemeinen Rechtssätzen.

II. Rechtliche Natur dieser Einzahlung.

Renaud S. 251, Staub S. 352, Ring S. 222 erklären diese Verpflichtung zur sofortigen Einzahlung als eine Bedingung zur Perfektion der Zeichnung. Denn bevor eingetragen wird und wenn eingetragen werden soll, muss gezeichnet sein. Die Aktiengesellschaft kommt erst durch die Eintragung zu Stande und deshalb kann ihr ein Anspruch auf Einzahlung vor der Eintragung nicht zustehen. Vielmehr haben Zeichner und Unternehmer die Verpflichtung zur sofortigen Einzahlung deshalb, weil sonst nicht eingetragen werden könnte.

So richtig diese Ausführung ist, erklärt sie doch die rechtliche Natur der Einzahlung nicht und es bleibt insbesondere noch die

Lösung der Frage, wie sich die vertragsmässige Festsetzung sofortiger Einzahlung mit den in den vorigen Paragraphen ausgesprochenen Grundsätzen vereinigen lässt.

Meiner Ansicht nach entspringt die Pflicht zur sofortigen Einzahlung direkt aus dem Zeichnungsvertrage. Wenn auch primär die vom Zeichner übernommene Verpflichtung auf Mitwirkung zur Errichtung der Gesellschaft geht, so muss er dieses Mitwirken doch auch dadurch bethätigen, dass er den entsprechenden Betrag zum notwendigen Grundvermögen der Gesellschaft aufzubringen, schon jetzt verspricht. Die Verpflichtung zur Einzahlung erwächst allerdings erst mit der Eintragung der Gesellschaft. Nun wird aber durch positive Gesetzesvorschrift oder durch Vereinbarung bestimmt, es solle ein Teil des Betrages schon jetzt gezahlt werden, bevor überhaupt noch der Gesellschaftsvertrag geschlossen ist: Dieses kann aber nur als Verpflichtung der Leistung einer Caution erklärt werden. Diese Caution ist dafür gestellt, dass man sich bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages mit der versprochenen Summe beteiligen werde, wobei im Falle des Zustandekommens der Gesellschaft diese Caution bereits einen Teil des Grundkapitals der Gesellschaft bildet. Deshalb hat derjenige, welcher die Caution einzufordern und zu verwahren berechtigt ist, diese Caution nicht allein in seinem eigenen Interesse, sondern auch im Interesse seines Mitcontrahenten zu verwalten, und darf ohne Genehmigung des Mitcontrahenten über diese Gelder nicht verfügen. Aber auch dem Mitcontrahenten, der die Caution gestellt hat, ist das Verfügungsrecht entzogen, denn es erfolgte die Deponierung im Interesse beider Vertragsteile. Ja sogar ein übereinstimmendes Verfügungsrecht beider Contrahenten ist nicht anzuerkennen: Für das Stadium nach der Errichtungsversammlung ist dies selbstverständlich, weil ja mit dem Momente der Errichtung die Caution bereits Gesellschaftsvermögen geworden. Aber auch schon vor der Errichtungsversammlung dürfte die deponierte Caution dem Parteiwillen entrückt sein. Denn in der Zeichnung ist eine bindende Offerte an die übrigen Zeichner zu erblicken; diese Caution wird deshalb nicht nur dem Mitcontrahenten, sondern auch den sämtlichen künftigen Mitgliedern der Gesellschaft gestellt; wenn auch diese Offerte vor der Errichtungsversammlung nicht angenommen werden kann, so ist doch die Offerte als bindend gedacht und der Offerent hat sich seines Rechts, über die Caution zu verfügen, begeben.

Im Falle des Nichtzustandekommens der Gesellschaft hat natürlich der Empfänger der Caution diese ohne Abzug zurückzuerstatten.

§ 14. Rücktritt vom Zeichnungsvertrage.

1. Willkürlicher Rücktritt.

Dem Zeichner gegenüber haftet der Gründer bei willkürlichem Rücktritte nur nach Abschluss des pactum de ineunda societate, also falls die Zeichnung nur die Natur einer Offerte hat, erst nach der Annahme. Hat der Gründer den Zeichner aber noch nicht angenommen, so ist er diesem Zeichner gegenüber nicht weiter verpflichtet. Wohl aber kann den anderen bereits angenommenen Zeichnern gegenüber durch Zurückweisung des einzelnen Zeichners eine Schadensersatzpflicht dann entspringen, wenn dem Gründer dieses als dolus oder culpa anzurechnen ist, insbesondere wenn infolge grundloser Abweisung dieses Zeichners die verabredete Gesellschaft nicht oder nur unter ungünstigeren Verhältnissen zu Stande kommen kann. Das Gleiche gilt natürlich bei willkürlichem Rücktritte des Gründers von dem mit dem einzelnen Zeichner geschlossenen Vertrage.

2. Es erfolgt der Rücktritt durch Vereinbarung zwischen den Contrahenten.

Die Parteien können natürlich den unter einander geschlossenen Vertrag wieder auflösen, was die Befreiung von den gegenseitigen Verbindlichkeiten zur Folge hat. Jedoch kann trotzdem der Gründer hier immer in der gleichen Weise wie oben von den übrigen Zeichnern belangt werden. Aber auch der contrahierende Zeichner bleibt nach wie vor verhaftet den übrigen Zeichnern auf grund seiner bindenden Offerte, sofern nicht die übrigen Zeichner in ihrer Gesamtheit ihn aus der Verbindlichkeit entlassen.

3. Einer besonderen Betrachtung bedarf die Wirkung der verschiedenen Einreden.

§ 15. Die Einreden.

I. Einrede der Unmöglichkeit der Errichtung.

Dass aus der Unmöglichkeit der Errichtung eine Einrede gegen die Beteiligung an der Errichtung und ein Recht auf Rückforderung der bereits eingezahlten Beträge entsteht, ergibt sich aus allgemeinen

Rechtsgrundsätzen. Denn man verpflichtet sich zur Beteiligung an der Errichtung überhaupt nur für den Fall, dass die Errichtung möglich ist.

Hierher gehört

1. Die Unmöglichkeit der Erreichung des Zweckes der Gesellschaft.

Diese Unmöglichkeit kann sowohl eine thatsächliche wie eine rechtliche sein, letzteres z. B. wenn der Zweck des Unternehmens ein gesetzlich verbotener ist, oder wenn die Anmeldung zurückgewiesen wurde.

Wirkungslos ist dagegen der Fall, dass infolge totaler Änderung der Verhältnisse an Stelle des erhofften Gewinnes nur Schaden und Nachteil zu erwarten ist. Der Vertrag wird nicht unter der stillschweigenden Clausel rebus sic stantibus geschlossen. [So Hahn S. 24, Beschorner S. 54, Jolly S. 357, Auerbach S. 252, Brinkmann S. 246, Renaud S. 261, Primker S. 543; R. O. H. G. Bd. XX S. 275]. Veraltet ist die Ansicht Pöhls S. 24, welcher meinte, der Contrahent hätte dann eine Einrede, wenn die Verhältnisse sich derartig änderten, dass nicht nur kein Gewinn, sondern nur Verlust zu erwarten sei. Es würde nemlich die anonyme Gesellschaft geschaffen, um Gewinn zu erzielen. Liesse sich nun erweisen, dass dieser Zweck nicht zu erreichen sei, so habe kein Teilnehmer ein Interesse an der Aufrechthaltung dieses Vertrages und dieser Umstand berechtige zum einseitigen Rücktritt. Auch komme noch dazu, dass die Societät keine Sicherheit für die gegen ihre einzelnen Mitglieder obliegenden Verbindlichkeiten darbiete.

Der Hauptfehler dieser Deduktion beruht in der Verwechslung zwischen Zweck und Motiv: [Brinkmann S. 246, Renaud S. 261]. Hier handelt es sich nur um einen die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nicht beeinträchtigenden Irrtum in den Motiven. Was aber den Einwurf anlangt, es sei kein vermögensrechtliches Interesse der Contrahenten gegeben, so ist dem mit Recht entgegengehalten worden, [Auerbach S. 252, Renaud S. 261] dass es hier auf das bei Abschluss des Rechtsgeschäftes vorhandene Vermögensinteresse ankommt und ein späteres Wegfallen desselben ohne Einfluss ist. Ganz abgesehen davon kann aber auch trotzdem auf der einen oder anderen Seite ein vermögensrechtliches Interesse an der Errichtung der Gesellschaft noch bestehen. Was endlich den letzten Punkt, dass die Aktiengesellschaft nicht in der Lage wäre, ihre Verbindlichkeit gegen die

Aktionäre zu erfüllen, anlangt, so ist zu sagen, dass aus der Zeichnung selbst keine Verpflichtung der Aktiengesellschaft entspringt, wenn auch zugegeben werden muss, dass die Pflicht des Zeichners zur Einzahlung in Wechselbeziehung mit Gewährung der Aktien steht und dadurch bedingt ist.

2. Unmöglichkeit des statutengemässen Zustandekommens der Gesellschaft:

Diese Einrede ist begründet; denn der Zeichner hat sich nur verpflichtet, einer bestimmten Gesellschaft beizutreten. Wenn jedoch die Errichtung nicht statutengemäss stattfinden kann, so kann juristisch diese bestimmte Gesellschaft überhaupt nicht errichtet werden.

II. Einrede, es sei das Grundkapital nicht vollständig aufgebracht.

1. Einrede, dass das Grundkapital nicht vollständig gezeichnet sei.

a) Zunächst steht fest, dass bei nicht vollständiger Zeichnung der Registerrichter die Pflicht der Zurückweisung der Anmeldung hat. Somit kann also aus der nicht vollständigen Zeichnung eine Einrede entspringen, die aber dann ihren Grund in der Unmöglichkeit der Errichtung hat.

b) Ist aber die Aufbringung des Grundkapitals wesentliches Erfordernis für die Möglichkeit der Entstehung, d. h. ist die einmal entstandene Gesellschaft nichtig, wenn das Grundkapital nicht vollständig aufgebracht ist?

Unter den älteren Schriftstellern war man hierüber nicht einig. Die einen, Primker S. 531, Jolly S. 358, Pöhls S. 21 gehen von dem Grundsatze aus, dass die Unterbringung des gesamten Aktienkapitals absolut notwendig sei für die Entstehung der Aktiengesellschaft, wobei insbesondere Primker sich darauf stützt, dass der Nachweis der Aufbringung des Grundkapitals durch rechtzeitige Zeichnung als Vorbedingung der Registrierung ausdrücklich erklärt ist. Deshalb betrachtet er die Zeichnung als ein Essentiale. Die Consequenzen dieser Ansicht sind die, dass die Aufbringung des Grundkapitals durch rechtzeitige Zeichnung zur stillschweigenden Voraussetzung für die Wirksamkeit

aller Zeichnungen wird und dass die Rechtsungültigkeit auch nur einer Zeichnung alle übrigen Zeichner nicht nur zum Rücktritt berechtigt, sondern auch verpflichtet, da sich ja der Aktienverein auflöst.

Sehr richtig bemerkt Renaud, dass diese schwerwiegenden Consequenzen bei den Vertretern dieser Ansicht hätten Bedenken erregen sollen. [S. 296.] Thatsächlich hat sich zwar die deutsche Doktrin und Praxis für Bejahung dieser gegnerischen Ansicht ausgesprochen „jedoch ohne immer die Consequenzen ziehen zu wollen." [Cfr. Primker S. 531 A. 18.]

Das gegenwärtig geltende Recht steht auf dem von Renaud vertretenen Standpunkte, indem es der Anschauung ist, dass die Aufbringung des Grundkapitals kein wesentliches Erfordernis für das Zustandekommen der Gesellschaft ist: Dieses lese ich vor Allem aus art. 213a, in welchem der Gründer der Gesellschaft gegenüber als verhaftet erklärt wird für den Fall, dass das Grundkapital nicht vollständig gezeichnet ist. Dadurch ist also anerkannt, dass die eingetragene Aktiengesellschaft trotz Unvollständigkeit der Zeichnung besteht, dass aber die Gesellschaft sich wegen des dadurch entstandenen Schadens an den Gründer halten kann.

c) Wird durch nicht vollständige Zeichnung eine Einrede gegenüber der eingetragenen Gesellschaft begründet? Renaud S. 258 hält diese Einrede für begründet. Es ist allerdings richtig, dass jede Zeichnung unter der stillschweigenden Bedingung, dass das Grundkapital vollständig aufgebracht werde, erfolgt. Aber auf diese Einrede kann verzichtet werden und es muss ein stillschweigender Verzicht erblickt werden, wenn die constituierende Generalversammlung die Errichtung beschliesst. Ob der betreffende Zeichner hier mitgestimmt oder nicht mitgestimmt oder sogar gegen die Errichtung gestimmt hat, ist gleichgültig, da er sich durch die Zeichnung schon dem Mehrheitsbeschluss unterworfen hat. [Wiener in Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXIV S. 488; Ring S. 230; Staub S. 353; Motive A S. 161 ff., B. S. 104 ff., dann auch die Rechtsprechung: ROGH. Bd. VII S. 241 ff., Bd. XVI S. 357 f., Bd. XIX S. 237, Bd. XX S. 279; RG. Bd. II S. 131 Bd. V S. 77 f.]

Wenn jedoch eine solch erhebliche Anzahl von Zeichnungen mangelt, dass infolge dieses Ausfalles an Grundkapital die Möglichkeit der Erreichung des Zweckes der Gesellschaft beeinträchtigt wird, so greift offenbar nach den oben entwickelten Grundsätzen die Einrede Platz. [Wiener a. a. O. S. 488; annolog Ring S. 226.]

2. Einrede der Scheinzeichnungen.

Scheinzeichnungen können einmal auf Simulation, dann auf Handlungsunfähigkeit, ferner auf vis, metus, eventuell auch auf dolus beruhen.

Da eine Scheinzeichnung keine Zeichnung ist, so muss eine auf Scheinzeichnung sich stützende Einrede gerade so behandelt werden wie die Einrede nicht vollständiger Zeichnung.

III. Einrede der Zahlungsunfähigkeit:

Renaud S. 258 und Pöhls S. 22 nahmen an, dass aus diesem Umstande eine Einrede gewährt werde und zwar meinte Pöhls, es habe jeder Interessent-(Zeichner) ein Recht, zu verlangen, dass sämtliche Mitinteressenten für den Betrag der gezeichneten Aktien solvent seien.

Für das geltende Recht dürfte zu unterscheiden sein, ob die Einrede noch vor der Eintragung oder ob sie der eingetragenen Aktiengesellschaft gegenüber gebraucht werden soll.

1. Vor der Eintragung:

a) Art. 213a Abs. 3 bestimmt, dass die Gründer dem Aktienvereine verhaftet sind, wenn sie bei der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages die Zahlungsunfähigkeit eines Zeichners kannten und wenn durch diese Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ein Ausfall entsteht. Es ist dadurch ein Recht und eine Pflicht des Gründers zum Rücktritt für den Fall der Zahlungsunfähigkeit anerkannt. Wenn auch die Motive [A 160 ff. B 104 ff.] den Grund dieser Bestimmung darin suchen, dass vorher von den Gründern die Offerte nicht angenommen sein kann, so kann ich, wie oben ausgeführt, dem nicht beistimmen. Ich erkläre diese Möglichkeit des Rücktritts durch die Annahme, dass das pactum de ineunda societate blos unter der stillschweigenden Bedingung der Zahlungsfähigkeit des Zeichners geschlossen wird. Daraus

ergibt sich aber weiter, dass sogar noch bei Abschluss der societas dieses Recht dem Gründer zusteht.

b) Billigerweise muss man aber auch dem Zeichner das gleiche Recht zugestehen, wenn der Gründer, mit dem er das pactum geschlossen, zahlungsunfähig wird. Es ist somit die Zahlungsfähigkeit der beiden Contrahenten stillschweigende Bedingung des pactum.

Ist jedoch einer der übrigen Zeichner zahlungsunfähig, so dürfte aus diesem Umstande schwerlich eine Einrede des zahlungsfähigen Zeichners gewährt werden.

Gerade die Ausführung der Motive, dass die Zeichner ein Interesse an der Zahlungsfähigkeit der übrigen Zeichner hätten und dass deshalb ihnen das Recht, noch in der Errichtungsversammlung gegen die Entstehung der Gesellschaft zu stimmen, zugestanden werden musste, sprechen gegen die Zulässigkeit dieser Einrede. Also nur die Möglichkeit gegen die Entstehung der Gesellschaft zu stimmen, nicht auch eine direkte Einrede ist gegeben. Und mit Recht! Denn der Schutz, der in dem nachträglichen Stimmrecht gegen die Errichtung liegt, dürfte ausreichend sein: Besteht ja doch noch eine Schadensersatzpflicht der Gründer, die einen zahlungsunfähigen Zeichner dolos oder culpos angenommen haben, gegenüber dem zahlungsfähigen Zeichner, der erfolglos gegen die Errichtung der Gesellschaft gestimmt hat. Allerdings greift diese Schadensersatzpflicht nur dann und soweit ein, als nicht der Gründer schon der Gesellschaft verhaftet ist.

2. Nach der Eintragung:

Ist schon die Einrede der nicht vollständigen Zeichnung des Grundkapitals der eingetragenen Gesellschaft gegenüber ausgeschlossen, so muss um so mehr eine Einrede, sowohl des Gründers, wie des Zeichners, die sich auf Insolvenz eines Mitgesellschafters stützt, der eingetragenen Gesellschaft gegenüber unzulässig sein.

IV. Verzögerung der Errichtung und der Eintragung.

1. Einrede der Verzögerung der Errichtung.

Schon im früheren Rechte wurde vielfach angenommen, dass die Nichteinhaltung der eventuell in den Zeichnungs-

schein aufgenommenen Zeitbeschränkung oder die ungebührliche Verzögerung der Errichtung die in der Aktienzeichnung liegende Verpflichtung zum Erlöschen bringe: [Jolly S. 356, Auerbach S. 252, Renaud S. 259, Hahn a. a. O. S. 34, Wiener a. a. O. S. 487 f, Primker S. 543.] Es könne doch nicht die Absicht der Contrahenten sein, sich in infinitum zu binden. Was Verzögerung sei, müsse nach richterlichem Ermessen festgestellt werden. [Jolly, Renaud, Primker.] Im geltenden Rechte ist zu unterscheiden zwischen dem Falle der Verzögerung der Errichtung und der Verzögerung der Eintragung:

Art. 209 e Abs. 2 Z. 4 verlangt unter Androhung der Nichtigkeit des Zeichnungsscheines die Aufnahme eines für sämmtliche Zeichnungen gleichen Zeitpunktes in den Zeichnungsschein, mit dessen Eintritt die Zeichnung unverbindlich sein soll, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist. [Motive A 159 B 103; Voelderndorff S. 344; Ring S. 225]. Die Ratio des Gesetzes dürfte hiebei die sein, den Zeichner einmal vor einem Übersehen, dann aber auch davor zu schützen, dass er sich nicht in einer schwachen Stunde dem Gründer in infinitum in die Hände gebe. Deshalb dürfte die Angabe eines in unbestimmter Ferne liegenden Zeitpunktes dieselbe Wirkung wie die Nichtaufnahme eines Zeitpunktes haben. [So Staub S. 349, Ring S. 225; dagegen Voelderndorff S. 344]. Die Nichteinhaltung der Zeitbestimmung erzeugt vor Eintragung nicht blos eine Einrede, sondern bewirkt vielmehr, wie die Motive a. a. O. ausführen, eine Hinfälligkeit der Zeichnung, sodass also eine Ratihabition nicht genügt, sondern vielmehr eine Neuzeichnung notwendig ist. [Kayser S. 84, Ring S. 225]. Jedoch der eingetragenen Gesellschaft gegenüber besteht nur eine durch Ratihabition zu beseitigende Einrede. [Ring S. 225 f.]

2. Einrede der Verzögerung der Eintragung.

Art. 209 e Abs. 2 Z. 4 spricht nur von der Angabe eines Zeitpunktes, innerhalb dessen die Errichtung beschlossen sein muss, nicht aber auch von der Eintragung der Gesellschaft, ja eine solche Beschränkung in der Verpflichtung des Zeichners darf gar nicht in den Zeichnungsschein auf-

genommen werden (art. 209 e Abs. 3.) Wenn aber unter den Kontrahenten eine solche Zeitbeschränkung vereinbart worden wäre ohne Aufnahme in den Zeichnungsschein zu finden, so hätte diese keine Wirkung gegenüber der eingetragenen Gesellschaft.

Aber auch vor Eintragung der Gesellschaft besteht kein Rücktrittsrecht, das sich auf Verzögerung der Eintragung stützt. [Primker S. 551 nimmt ein solches an.] Allerdings ist es vertragsmässige Pflicht der Gründer, die Eintragung zu veranlassen, aber der Zeichner hat in der Errichtungsversammlung nicht allein mit dem Gründer, sondern auch mit den übrigen Zeichnern einen Vertrag geschlossen. Deshalb wird der Zeichner durch eine Pflichtverletzung des Gründers nicht befreit, um so weniger, als der Zeichner selbst anderweitig die Möglichkeit hat, den Gründer zur Erfüllung seiner diesbezüglichen Pflicht zu zwingen. Da die Zeichner nemlich ein Interesse und einen Anspruch auf möglichst baldige Entstehung der Aktiengesellschaft haben, so können sie die Gründer durch Klage zur Veranlassung der Eintragung zwingen [Voelderndorff S. 371]; denselben Anspruch hat der einzelne Gründer gegen die Mitgründer.

V. Einrede des wesentlichen Irrtums.

Im gemeinen Rechte hat der wesentliche Irrtum zur Folge, dass die Willenserklärung als nicht abgegeben angesehen wird, dass also das Rechtsgeschäft rechtlich gar nicht besteht. Nun müssen aber von dieser strengen Regel des Rechtes Ausnahmen statuiert werden, so dass bei bestimmten Kategorien von Erklärungen wegen ihrer besonderen Art und der beabsichtigten Verkehrstendenz angenommen wird, es habe der Erklärende das Erklärte schlechthin als seinen Willen gelten lassen wollen, was allerdings voraussetzt, dass er wenigstens den auf solche Rechtsakte und deren Verkehrstendenz gerichteten Willen in Wahrheit gehabt. Zu diesen Ausnahmen gehört auch die Aktienzeichnung.

Wir müssen hier 2 Fälle des Irrtums unterscheiden:

1. Der Zeichner unterzeichnet das, was er unterzeichnen wollte, legt jedoch demselben einen andern Sinn bei.

Ich halte in diesem Fall die Einrede gegenüber der Aktiengesellschaft für ausgeschlossen, wobei ich mich den Ausführungen Wieners [Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXV S. 477 ff.], die auch vom Reichsgericht [Bd. IX S. 39 ff.] adoptiert und ergänzt sind, vollständig anschliesse.

Die Aktenzeichnung charakterisiert sich als eine Erklärung zum Handelsregister dahin, dass der Betreffende zum entsprechenden Betrag Kapitaleinleger bei der auf grund des zu überreichenden Statutes einzutragenden Aktiengesellschaft sei. Ganz abgesehen von der Wirkung einer Differenz zwischen Willen und Erklärung im allgemeinen scheint das Gesetz „von der Geltung des wahren Willens entgegen der Erklärung“ in Beziehung auf Dritte nur in äusserst beschränkter Weise anwendbar dann, wenn es sich um solche Erklärungen handelt, die dazu bestimmt sind, über den Kreis derjenigen, welchen zunächst erklärt wird, hinaus Dritten das Vorhandensein des erklärten Willens kundzugeben und auf ihre Entschliessung zu wirken.

Wenn dieses schon für die Erklärungen des Prinzipals und Machtgebers der Fall ist, so muss es um so mehr angenommen werden bei Beteiligungserklärungen gegenüber Behörden, an deren Prüfung durch die Behörden das Gesetz im rechtspolizeilichen Interesse bestimmte, das öffentliche Interesse berührende und nicht wiederum zurückzunehmende Wirkungen knüpft. Sollte hier, nachdem die Gesellschaft zur Eintragung gelangt ist, der einzelne Beteiligte noch mit der Behauptung, dass er etwas anderes gewollt oder erklärt habe, gehört werden, so liefe dieses auf die gänzliche Wirkungslosigkeit der Aufstellung von Normativbestimmungen für die Errichtung solcher Gesellschaften hinaus. [Diesem Resultate schliessen sich Ring S. 230 und Staub S. 352 f an.]

2. Der Zeichner unterzeichnet etwas, was er gar nicht unterzeichnen wollte: Selbst in diesem Falle scheint das Reichsgericht [Bd. IX S. 39] den Einwand des Irrtums nur dann für statthaft zu erklären, wenn der Zeichner infolge betrügerischer Unterschiebung eines ganz anderen Schriftstückes einen Zeichnungschein unterzeichnet hat, während er ein Schriftstück ganz anderen Charakters zu unterzeichnen wähnte. Dieses scheint mir jedoch etwas zu eng begrenzt

und ich schliesse mich der Anschauung Wieners S. 483 an, welcher den Einwand des Irrtums in allen Fällen zugesteht, in welchen der Zeichner infolge eines Irrtums überhaupt ein anderes Schriftstück unterzeichnet, gleichgültig ob er einen Zeichnungsschein zu unterzeichnen wähnte oder nicht.

VI. Einrede des Betruges.

1. Hatte der Betrug einen wesentlichen oder unechten Irrtum zur Folge, so gelten hiefür die oben entwickelten Rechtssätze.
2. Ist jedoch der durch den Betrug veranlasste Irrtum ein unwesentlicher oder echter, so ist folgendes festzuhalten:

a) Für das Verhältnis unter den Kontrahenten gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes.

b) Der Aktiengesellschaft gegenüber ist diese Einrede ausgeschlossen und zwar erklärt Wiener S. 472 dieses in folgender Weise: Wenn ein Gründer oder ein Zeichner oder sämtliche andere Zeichner Betrüger bezw. Complizen des Betruges sind, so kann dann doch kein Anfechtungsrecht gegen die Gesellschaft entspringen, da durch die Zeichnung die Gesellschaft unmittelbar berechtigt wird, der Aktiengesellschaft gegenüber die Gründer und Zeichner nur als Dritte in Betracht kommen.

Indem ich die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung der Aktiengesellschaft in der Errichtungsversammlung annehme, muss ich dieser Erklärung vollständig beistimmen. Aber auch wer nicht auf diesem Standpunkte steht, muss zu diesem Resultate gelangen, da aus dem Bestreben des Gesetzes, die einmal in's Leben getretene Aktiengesellschaft thunlichst zu erhalten, die Folgerung berechtigt ist, dass aus der Person des Gründers und des anderen Zeichners keine Einrede gegenüber der Gesellschaft Platz greifen soll. Auch das Reichsgericht hat sich in diesem Sinne ausgesprochen, [Bolze Bd. VII S. 244] indem es entscheidet, dass der durch die Vorspiegelungen eines einzelnen Gründers oder eines Agenten des Gründerkonsortiums hervorgerufene Irrtum, durch welchen der Gesellschafter zur Zeichnung veranlasst worden ist, gegenüber der Aktiengesellschaft unerheblich ist.

VII. Einrede des Zwanges.

1. Bei physischem Zwang durch vis absoluta liegt überhaupt kein Rechtsgeschäft vor, was sich aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.
2. Durch psychischen Zwang = metus dürfte eine Einrede erzeugt werden, weil der Schutz des Gezwungenen über die Interessen des gutgläubigen Dritten gehen dürfte. [So Wiener a. a. O. S. 474 f.]

VIII. Einrede der Verwendung gegen den Willen des Zeichners.

Der Einwand, dass der Zeichnungsschein verloren gegangen oder durch Diebstahl oder Veruntreuung zur Verwendung für Errichtung der Aktiengesellschaft gelangt sind, ist dem Aussteller offenbar zuzugestehen. [So Wiener S. 486, Ring S. 230]. Wenn auch eine Präsumtion dafür besteht, dass der Zeichnungsschein freiwillig ausgehändigt wurde, so dürfte diese doch durch Gegenbeweis zu entkräftigen sein. Unzweifelhaft hat dies auch für einen scherzweise ausgehändigten Zeichnungsschein zu gelten.

IX. Einrede der Simulation.

Schon im früheren Rechte wurde diese Einrede für unstatthaft erklärt. [Renaud S. 262]. Dass dieselbe nach geltendem Rechte, wo kraft positiver Bestimmung jede Parteiverabredung in den Zeichnungsschein aufgenommen werden muss, wenn sie der Gesellschaft gegenüber Wirksamkeit haben soll, ausgeschlossen ist, bedarf keiner näheren Erörterung.

§ 16. Übertragung der Rechte aus der Zeichnung.

1. Möglichkeit der Übertragung.

Wenn auch vor Eintragung der Aktiengesellschaft noch keine Aktien oder Interimsscheine ausgegeben werden dürfen, so ist doch nach der Novelle ausdrücklich das Recht zugestanden, die aus der Zeichnung entstandenen Rechte an andere Personen zu übertragen, was sich aus Art. 210 a Abs. 4 ergibt: Die Rechtsnachfolger

sämtlicher im Verzeichnis aufgeführten Aktionäre werden bei der Stimmzählung mitgerechnet.

Dieses dadurch statuierte Recht der Übertragung dürfte sowohl Zeichnern wie Gründern zustehen. Staub S. 364 scheint mir zu weit zu gehen, wenn derselbe dem Gründer gänzlich das Recht der Übertragung verschliessen will, weil die Frage, wie viel Aktien dieser oder jener Gründer übernommen, derart erheblich sei, dass eine Änderung in dieser Hinsicht durch Majoritätsbeschluss nicht angängig erscheine. Diese Beschränkung deckt sich aber nicht mit den Bestimmungen des Art. 210 a Abs. 4, welcher von „sämtlichen, in dem Verzeichnis aufgeführten oder als Rechtsnachfolger derselben zugelassenen Aktionären" spricht; zu den sämtlichen im Aktionärverzeichnis aufgeführten Aktionären gehören nach Art. 210 Abs. 2 Z. 2 sämtliche Aktionäre, somit auch die Gründer.

Aber darin ist Staub recht zu geben, dass die Gründer, da sie eine persönliche Rolle zu spielen haben, mindestens eine Aktie behalten müssen.

Hierin stimmt auch Ring S. 265 bei, während Behrend S. 742 A 8 meint, da es keine gesetzliche Vorschrift gebe, welche die Übertragung der Gründeraktien verbiete, sei es auch nicht erforderlich, dass jeder Gründer mindestens 1 Aktie behalte.

Dieses kann ich nicht billigen: Dadurch dass Art. 209 Abs. 1 die Übernahme mindestens 1 Aktie für den Gründer vorschreibt, soll, wie auch die Motive ersehen lassen, erreicht werden, dass Niemand, der sich nicht an der Gesellschaft beteilige, auch nicht als Gründer nach aussen hin auftreten solle. Es würde überhaupt durch ein uneingeschränktes Übertragungsrecht des Gründers der Art. 209 Abs. 1 nahezu illusorisch.

2. Rechtliche Natur der Uebertragung:

a) Die rechtliche Construktion eines Lieferungskaufes zur Erklärung des durch die Rechtsnachfolger vor Eintragung entstandenen Rechtsverhältnisses wäre nicht undenkbar. [Ring S. 264]. Diese Erklärung befriedigt jedoch nicht vollständig, da die Absicht der Kontrahenten hier gewöhnlich nicht auf Übertragung eines erst in Entstehung begriffenen Rechtes (= Waare) gegen eine Entschädigung (= Preis) gehen wird.
b) Ich glaube vielmehr, dass es sich um eine einfache Cession der Rechte und Pflichten aus dem pactum handelt.

3. Wirkung der Übertragung.

a) Zwischen dem ursprünglichen Zeichner und dem Rechtsnachfolger:

Die Wirkungen sind dieselben wie bei jeder Cession: Es gehen die Rechte des Zeichners bezw. Gründers auf den Cessionar über und dieser bekommt gegen den Cedenten eine Klage auf Übertragung der Rechte, andererseits übernimmt der Cessionar die Verpflichtungen des Cedenten und dieser kann auf Befreiung klagen.

b) Gegenüber den Gründern und Zeichnern der Gesellschaft:

α) Gegenüber den Gründern:

Der Zeichner hat mit dem Gründer ein pactum de ineunda societate geschlossen, er ist nicht berechtigt, einen anderen als Verpflichteten einzuschieben. Der erste Zeichner bleibt trotz der Übertragung nach wie vor dem Gründer verpflichtet. Jedoch kann der Gründer auf dieses Recht verzichten durch ausdrückliche Annahme des Rechtsnachfolgers. Diese Annahme kann aber auch in der konstituirenden Generalversammlung erfolgen. Es wird also in der Generalversammlung vor dem Beschluss über die Errichtung darüber abzustimmen sein, ob die Gründer den Rechtsnachfolger zulassen wollen. Weist ein Gründer den Rechtsnachfolger zurück, so ist damit noch keine Zurückweisung des ersten Zeichners gegeben, sondern der erste Zeichner bleibt nach wie vor verpflichtet. [In ähnlicher Weise Ring S. 265; dagegen jedoch Staub S. 364].

β) Gegenüber den Zeichnern:

Will der Gründer übertragen, so gilt im Verhältnis zu den Zeichnern das oben Ausgeführte.

Hinsichtlich des Verhältnisses des Zeichners zu den übrigen Zeichnern ist von der bindenden Offerte auszugehen. Eine einseitige Abwälzung der aus der Offerte entspringenden Verbindlichkeiten ist unzulässig. Infolge dessen hat jeder andere Zeichner das Recht, den Rechtsnachfolger anzunehmen oder abzulehnen nach Belieben, ohne dass dadurch ein Rückschluss gezogen werden könnte auf Annahme oder Ablehnung der Offerte des ersten Zeichners. [Dieses wird auch von Ring S. 265, allerdings von einem anderen Gesichtspunkte aus, vertreten.]

Gegner dieser Ansicht sind Petersen und Pechmann S. 370, Willenbücher H. G. B. S. 271, Völderndorff S. 392 A. 10. Letzterem scheint zwar die rechtliche Construktion, wonach der Zeichner einen anderen statt seiner als Beteiligten einschieben dürfe, bedenklich, aber doch glaubt er, dass der einzelne Zeichner nicht den Rechtsnachfolger des anderen zurückweisen dürfe. Er schliesst dies daraus, dass kein Zeichner berechtigt ist, den anderen zu perhorreszieren oder die eigene Zeichnung zu widerrufen, weil der oder jener gleichfalls gezeichnet hat. Deshalb könne er auch die Übertragung der aus der Zeichnung entspringenden Rechte nicht hindern.

Dagegen scheint mir, ganz abgesehen davon, dass überhaupt der Zeichner das Recht hat, aus einem beliebigen Grund, allerdings abhängig von der Majorität, gegen die Errichtung zu stimmen, dieser Schluss nicht zwingend, da es ein wesentlicher Unterschied ist, ob ich lediglich die Übertragung hindere oder ob ich den Zeichner perhorresziere bezw. selbst zurücktrete.

Ich interpretiere also das „zugelassene" des Art. 210 a Abs. 3 als von den Beteiligten und nicht vom Registerrichter zugelassen.

Doch kann ich mich auch nicht der Ansicht Staubs S. 364 anschliessen, der zwar auf diesem Standpunkt steht, jedoch nicht jeden einzelnen Gesellschaftsgenossen über die Rechtsnachfolge stimmen lässt, sondern nur eine nach den statutarischen Abstimmungsvorschriften geregelte Abstimmung der Versammlung gestattet. Aus dem oben entwickelten Prinzipe komme ich zum Zurückweisungsrecht des einzelnen Gesellschafters, welches in einem vor dem Errichtungsbeschluss geltend zu machenden Veto liegt.

γ) Gegenüber der Gesellschaft wird natürlich der Cessionar vor der Errichtung weder berechtigt noch verpflichtet, da ja nicht einmal der Cedent vor dem in der Errichtungsversammlung stattfindenden Vertragsschluss der Gesellschaft gegenüber berechtigt und verpflichtet wird.

4. Rechtsverhältnis des zugelassenen Cessionars.

a) Voelderndorff S. 392 A. 10 nimmt an, es beteilige sich der Rechtsnachfolger an der Errichtungsversammlung nur als

Vertreter des Zeichners: Aber wie konstruiert man dann die Thatsache, dass bei einer Übertragung der mehreren Aktienrechte an mehrere Cessionare jeder derselben bei der Abstimmung mitgezählt wird.

b) Eine andere Ansicht ist die, dass der Rechtsnachfolger in der Errichtungsversammlung den Errichtungsvertrag mit abschliesse für sich selbst und zum Primitivgesellschafter werde. [So Ring S. 265, Staub 364]. Ring construiert dieses folgendermassen: Die Übertragung der Rechte vor der Generalversammlung kann noch keine Wirkung der Gesellschaft gegenüber geäussert haben, denn die Gesellschaft war noch nicht vorhanden. Es setzt die Übertragung von Aktien die Überlieferung der Aktienurkunde voraus. Dieses ist aber vor der Eintragung unmöglich. Da aber die Verpflichtung eines Aktionärs nach dem Gesetze nur beruhen kann entweder auf Übernahme bezw. Zeichnung oder Übertragung der Aktien, letzteres aber ausgeschlossen ist, wäre auch jede Wirkung auf die Aktiengesellschaft ausgeschlossen, wenn man den Successor nicht als Zeichner in Betracht kommen liesse. Deshalb müsse man den Rechtsnachfolger als Selbstzeichner betrachten, denn es sei unmöglich, dass die Gesellschaft mit einer Person geschlossen würde, welche weder Übernehmer oder Zeichner, noch Vertreter, noch Rechtsnachfolger — der Gesellschaft gegenüber — sei. Die natürliche Konsequenz dieser Anschauung ist die, dass der erste Zeichner von seiner Verbindlichkeit frei wird, wenn sein Rechtsnachfolger angenommen ist.

Gerade hierauf stützen sich die Gegner dieser Ansicht, [Voelderndorff S. 392 A. 10. Petersen und Pechmann S. 370, Behrend S. 742 A. 8] indem sie den ersten Zeichner nach wie vor als Träger der Verpflichtung erklären.

Meines Erachtens ist die Annahme, dass der erste Zeichner frei wird, vollauf berechtigt; denn, wie schon eben ausgeführt, ist der Zeichner bezw. Gründer aus dem pactum nur den Gründern und Zeichnern, nicht auch der Gesellschaft gegenüber verpflichtet.

Da aber jeder einzelne Gründer und Zeichner den Rechtsnachfolger annimmt, so spricht er durch seine Annahme einen stillschweigenden Verzicht auf seine Rechte gegen den

ersten Zeichner aus. Jedoch kann ich Ring darin nicht beistimmen, dass der Rechtsnachfolger selbst Zeichner sei. Die Zeichnung ist nach meiner Ansicht ein Vorvertrag auf Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Aus diesem Vorvertrag entspringen Rechte und Pflichten. Diese Rechte und Pflichten werden durch Cession übertragen. Wird dieser Cessionar angenommen, so wird der Cedent von seinen Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages befreit, während der Cessionar in die Verpflichtungen des Cedenten eintritt. Durch die auf grund der Zulassung stattfindende Beteiligung des Cessionars am Abschlusse des Gesellschaftsvertrages wird er Gesellschafter und zwar Primitivgesellschafter d. h. ohne Vermittlung des Zeichners. Der Gesellschaft gegenüber wird er also unmittelbar berechtigt und verpflichtet, für die Gesellschaft ist er der ursprüngliche Contrahent.

§ 17. Die erste constituierende Generalversammlung.

1. Aus dem mit der Zeichnung abgeschlossenen Mandatum ergibt sich für den Gründer die Pflicht, noch vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages eine Generalversammlung sämtlicher Zeichner zur Wahl des Aufsichtsrates event. auch Vorstandes zu berufen. Dies ergibt sich daraus, dass der Gründer als Mandatar die zur Errichtung der Aktiengesellschaft notwendigen Schritte vornehmen muss. Dass aber die Berufung einer Generalversammlung vor der Errichtungsversammlung ein notwendiger Schritt ist, lässt sich aus folgenden Bestimmungen beweisen. Art. 224 mit Hinweis auf art. 191 schreibt die Wahl des Aufsichtsrates in der Generalversammlung vor; da jedoch art. 210 Abs. 2 Z. 3 schon bei der der Errichtungsversammlung vorausgehenden Anmeldung die Bestellung des Vorstandes und Aufsichtsrates verlangt, so muss eben diese Generalversammlung vor der Errichtungsversammlung stattfinden.

Der Gründer ist also zur Einberufung verpflichtet und würde er sich in unberechtigter Weise weigern, so würde er dem Zeichner aus dem Mandate verhaftet sein, ganz abgesehen davon, dass man nach Analogie des art. 237 Abs. 3 den Zeichnern und Mitgründern wohl das Recht auf gerichtliche Ermächtigung zur Einberufung zugestehen muss.

2. Die Berufung zu dieser Generalversammlung ist offenbar als eine Annahme der möglicherweise in der Zeichnung an die

Gründer gestellten Offerte des einzelnen Zeichners aufzufassen. Der vom Gründer bereits angenommene Zeichner hat allerdings ein Recht gegen den Gründer, zu dieser Generalversammlung auch berufen zu werden. Bei Verletzung dieses Rechtes kann der Zeichner einen dadurch entstandenen Schaden sich von dem Gründer ersetzen lassen, jedoch ein Anfechtungsrecht des Beschlusses dieser Generalversammlung dürfte nicht gegeben sein, da die Voraussetzungen des art. 190a nicht beobachtet werden können.

3. Wird in dieser Generalversammlung durch Majoritätsbeschluss, welcher sich mit einem Hinweis auf den zwischen den Zeichnern bestehenden Mehrheitsverband rechtfertigt, der Vorstand oder Aufsichtsrat gewählt, so liegt hierin eine Offerte der Wähler an die einzelnen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates, mit ihnen einen Vertrag abzuschliessen, — gewöhnlich wird es ein Mandat sein — wonach sie die vom Gesetz und Statut vorgeschriebene Thätigkeit zu entwickeln versprechen.

4. Durch Annahme dieser Wahl wird das betreffende Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates zu der vorgeschriebenen Thätigkeit den Wählern gegenüber verpflichtet. Weiter entspringt daraus auch noch der Aktiengesellschaft gegenüber eine civilrechtliche Verantwortlichkeit, welche durch Strafbestimmungen verschärft wird.

Das gleiche Verhältnis kommt hinsichtlich der eventuell zur Prüfung bestellten Revisoren in Betracht.

5. Diese kraft positiver Vorschrift geschaffene Verantwortlichkeit der Gesellschaft gegenüber umfasst jedoch nicht sämtliche Beziehungen des Vorstandes und Aufsichtsrates zur Aktiengesellschaft, vielmehr handelt es sich bei ihrer Thätigkeit nach der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht [Bd. V S. 21 ff.] um eine Vorerstreckung der Gesellschaftsorganisation, so dass Vorstand und Aufsichtsrat bei ihren Handlungen sich als negotiorum gestores der noch nicht bestehenden Aktiengesellschaft qualifizieren.

§ 18. Die Errichtungsgeneralversammlung

I. Rechtliche Natur.

Die rechtliche Natur der constituierenden Generalversammlung hat durch die Novelle eine wesentliche Änderung erfahren. Es bestimmte nemlich art. 209a des früheren Gesetzes, dass nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung der Aktionäre

auf grund der ihr vorzulegenden Bescheinigungen durch Beschluss festzustellen habe, dass das Grundkapital vollständig gezeichnet und dass mindestens 10%, bei Versicherungsgesellschaften mindestens 20%, auf jede Aktie eingezahlt sind, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämtlichen Aktionären abgeschlossen und darin die Erfüllung jener Erfordernisse anerkannt ist.

Die Aufgabe der früheren Generalversammlung war somit nur beschlussmässige Feststellung der Zeichnung und Einzahlung. Im neuen Aktiengesetze ist durch art. 210a als notwendiges Constituierungsmoment für den Fall der Succesivgründung die Berufung einer Generalversammlung der im Aktionärverzeichnisse enthaltenen Aktionäre zum Beschluss über die Errichtung der Gesellschaft verlangt.

Was die rechtliche Natur dieser Errichtungsversammlung anlangt, so wird mehrfach der in dem Errichtungsbeschlusse liegende Vertragsschluss geleugnet und zwar erklärt Behrend diesen Beschluss einfach als einen in dieser Eigenschaft anerkannten Beschluss einer constituierenden Generalversammlung. Fuchsberger und Gareis fassen diesen Beschluss als die Erfüllung einer Bedingung und zwar einer condicio iuris und einer reinen Potestativbedingung auf. [S. 322 Bem. 2 u. S. 413 A. 1]. In ähnlicher Weise sprechen sich Petersen und Pechmann S. 61 ff. aus.

Diesen unbefriedigenden Erklärungsversuchen gegenüber wird, unterstützt von den Motiven, die Vertragsnatur des Errichtungsbeschlusses mit Erfolg von Ring verteidigt. [Ring S. 259 u. 52]. Sofern dieser jedoch in der Errichtungsversammlung den ersten und einzigen Vertragsschluss zwischen Zeichner und Gründer erblickt, kann ich ihm nicht beistimmen. Dies beruht auf der prinzipiell verschiedenen Auffassung von der rechtlichen Natur der Zeichnung, aber auch auf der unrichtigen Annahme, dass die Acceptation der (eventuell!) in der Zeichnung liegenden Offerte erst in der Errichtungsversammlung erfolgen könne.

Noch weniger jedoch kann ich die Ansicht Voelderndorffs (S. 399), es werde durch den Errichtungsbeschluss nur ein Rechtsgeschäft mit dem Gründer, nicht aber auch mit den übrigen Zeichnern geschlossen, billigen.

M. E. wird in der Errichtungsversammlung durch den Errichtungsbeschluss der Gesellschaftsvertrag zwischen sämtlichen Gründern und Zeichnern geschlossen, zu dessen Abschluss sich

Gründer und Zeichner unter einander durch das pactum de ineunda societate verpflichtet haben.

Die Vertragsnatur der Errichtungsversammlung wird als unmöglich bezeichnet, indem die Gegner ausführen:

1. Es spreche gegen diese Auffassung der Umstand, dass die Nichterschienenen als zustimmend gelten, dass also der Beschluss durch Majorität der Erschienenen gefasst werde, woraus sich der Rückschluss ziehen lasse, dass bereits vor der Generalversammlung ein Vertragsschluss vorliegen müsse, denn sonst könnte man überhaupt kein obligatorisches Band zwischen den Erschienenen und den Nichterschienenen construieren. [So Bähr zum neuen Aktiengesetz S. 20.]

Dieses erklärt sich aber daraus, dass in jeder Zeichnung zugleich eine bindende Offerte an jeden anderen Zeichner zu erblicken ist. Dadurch aber, dass man die Offerte abgibt, gibt man auch den Willen kund, die Gesellschaft zu errichten und den Gesellschaftsvertrag zu schliessen. Da sich aber der Zeichner trotz ordnungsmässiger Berufung nicht auf der Generalversammlung einfindet, ist anzunehmen, dass er für die Errichtung der Gesellschaft und somit für die Annahme des anderen Zeichners, dessen Person ihm gleichgültig ist, stimmt. Aus diesem indifferenten Verhalten ist also das Gesetz zur Präsumption, dass der Nichterschienene auch zustimmend gilt, berechtigt. [Ähnlich Ring S. 261.]

2. Schon die Thatsache, dass überhaupt ein Majoritätsbeschluss genügen könne, spreche aus demselben Grund gegen einen Vertragsschluss. Doch lässt sich dies vielleicht folgendermassen erklären: Jeder Zeichner hat sich durch die Zeichnung der Gesamtheit der übrigen Zeichner zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages obligiert. Prinzipiell könnte ihn also nur die Gesamtheit der Zeichner befreien und durch ein einziges Veto bliebe der Zeichner gebunden. Da aber die sämtlichen Zeichner in einem Mehrheitsverbande stehen und die Annahme der Offerte zusammenfällt mit dem Beschluss über Errichtung der Aktiengesellschaft, so kann nicht schon durch ein bejahendes Veto des einzelnen Zeichners der Offerierende gebunden werden.

Also auf der einen Seite ist der Offerierende gebunden sobald ihn (nicht, wie es prinzipiell richtig wäre, ein einziger) die in art. 210a Abs. 4 bezeichnete Majorität annimmt. Angenommen, dass dieser Offerierende gegen die Errichtung der Gesellschaft stimmt,

so befreit er andererseits als Oblatus den ihm offerierenden Zeichner seiner Person gegenüber. Es ergäbe sich also das Resultat, dass er auf seine persönlichen Rechte gegenüber den anderen Offerierenden verzichtet, diesen aber selbst als Offerens persönlich verhaftet bliebe. Da dieses unmöglich gewollt sein kann, ist die Annahme berechtigt, dass der Zeichner nur unter der stillschweigenden Resolutivbedingung den anderen Zeichner befreit, d. h. gegen die Errichtung der Gesellschaft stimmt, dass auch er von den anderen seiner Verpflichtung ledig erklärt wird, d. h. dass die qualifizierte Mehrheit gegen die Errichtung stimmt. Stimmt diese nicht gegen die Errichtung, so perfiziert sich die Resolutivbedingung, er wollte also unter diesen Umständen gar nicht gegen die Errichtung stimmen, d. h. er ist gar nicht gegen, sondern vielmehr für den Vertragsschluss, natürlich nur wegen der Änderung der Umstände, die er im Momente der Stimmabgabe nicht vorhersehen konnte.

II. Wer ist Stimmberechtigt?

1. Stimmrecht des Gründers.

Die herrschende Ansicht gesteht dem Gründer ein Stimmrecht zu: [Petersen u. Pechmann S. 371, Hergenhahn S 66 A. 7, Behrend S. 742, Ring S. 267, Staub 363].

Dagegen wendet sich Voelderndorff S. 399 und 111. Dieser glaubt, dass der gewöhnliche Gründer, noch viel mehr natürlich der Inferent, kein Stimmrecht hätte, indem er annimmt, es werde in der constituierenden Generalversammlung ein „Rechtsgeschäft" mit dem Gründer geschlossen; vor Allem aber stützt er sich auf die Analogie des art. 175 f., wonach für den Complementar ein Ausschluss vom Stimmrecht statuiert ist.

Diese Begründung scheint mir jedoch nicht stichhaltig und ein starkes Misstrauen gegen die Ansicht Voelderndorffs schöpfe ich aus dem Umstande, dass er sich offenbar in Widerspruch mit den Motiven setzt, welche verlangen, dass die „Errichtung unter dem Zusammentreten der Gründer mit den Zeichnern in gemeinsamer Entschliessung" erfolge. [A 162; B 104.]

Was aber den Umstand anlangt, dass dem Gründer als „Beteiligten" das Stimmrecht entzogen werden soll, weil in dem Constituierungsbeschluss die Zeichner sich binden und deshalb mit den Gründern ein Rechtsgeschäft eingegangen werde, so scheint mir dieses ein Widerspruch.

Man kann das in der Generalversammlung thatsächlich stattfindende Rechtsgeschäft, ganz abgesehen davon, dass bereits vor der Errichtungsversammlung der einzelne Zeichner sich dem Gründer gebunden hat, nicht so auffassen, dass auf der einen Seite der Gründer, auf der anderen die Gesamtheit der Zeichner, welche gebunden werden, stehe. Vielmehr wird durch den Errichtungsbeschluss der Gesellschaftsvertrag geschlossen und jeder einzelne Zeichner schliesst infolge dessen hiebei mit jedem Gründer und jedem anderen Zeichner ein „Rechtsgeschäft" ab. Der Gründer nimmt hiebei keinen anderen Standpunkt ein als der Zeichner, da ja der Gründer immer Aktienübernehmer ist. Wenn der Gründer wegen Abschluss dieses „Rechtsgeschäftes" ausgeschlossen wäre, dann müsste auch jeder Zeichner aus demselben Grund ausgeschlossen sein.

Wenn aber Voelderndorff meint, es stehe der Gründer durchaus den Complementaren gleich, so dürfte dieses doch nicht ganz richtig sein, wie Ring S. 267 ausführt.

Die Annahme, dass der Gründer stimmberechtigt sei, wird noch dadurch bestärkt, dass sämtliche in dem Verzeichnisse aufgeführte Aktionäre, wozu auch die Gründer gehören, bei der Abstimmung mitzählen. Die Thatsache aber, dass der Gründer mitzählt, ohne mitstimmen zu dürfen, wäre so abnorm, dass dieses direkt im Gesetze ausgesprochen sein müsste.

2. Stimmrecht des Inferenten.

Hier sind die Meinungen sehr geteilt: Auf der einen Seite sprechen Voelderndorff S. 400, Staub S. 363, Behrend S. 751 A. 35 diesen das Stimmrecht ab, während Hergenhahn S. 66, Petersen u. Bechmann S. 371, Esser II S. 97, Fuchsberger u. Gareis 319 und 325 und vor allem Ring S. 268 dieselben für stimmberechtigt halten. Ich schliesse mich bei Beantwortung dieser Streitfrage den Ausführungen Rings an.

Allerdings spricht art. 190 Abs. 3, durch art. 221 auf die Aktiengesellschaften ausgedehnt, demjenigen, der in der Generalversammlung ein „Rechtsgeschäft" abschliesst, das Stimmrecht ab. Dass unter diesem Rechtsgeschäft nicht der Gesellschaftsvertrag gemeint sein kann, versteht sich von selbst. Es liegt aber kein besonderes Rechtsgeschäft zwischen Gründer und Inferent vor, vielmehr geht dieses Rechtsgeschäft im Gesellschaftsvertrage auf. Infolge dessen kann dem Inferenten das Stimmrecht nicht abgesprochen werden. Die Behauptung, dass dann derjenige, welcher anbiete,

zugleich auch sein Angebot annehme, wie Keyssner S. 141 argumentirt, ist nicht richtig, da ja hier der Inferent nicht sein eigenes, sondern das Angebot des Anderen annimmt.

Ferner kann man Behrend S. 751 A. 35, welcher durch art. 190 Abs. 3 alle die Fälle getroffen wissen will, in welchen der einzelne Aktionär ein besonderes Interesse an dem Zustandekommen der Gesellschaft hat, entgegen halten, dass er dann ebensogut dem Gründer das Stimmrecht entziehen müsste, denn auch dieser hat meistens ein besonderes Interesse an dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages.

Wenn auch ein besonderes Interesse des einen oder anderen vorherrschen mag, so tritt eben dieses bei dem thatsächlich bestehenden allgemeinen Interesse am Abschluss des Gesellschaftsvertrages in den Hintergrund.

3. Stimmrecht der Empfänger besonderer Vorteile.

Bei Einräumung besonderer Vorteile, insbesondere bei Übernahme, Gründerbelohnung und Gründerentschädigung handelt es sich einmal um die Errichtung der Gesellschaft und andererseits um den Abschluss eines besonderen Rechtsgeschäftes. Prinzipiell wäre nun der Empfänger eines besonderen Vorteils von der Abstimmung auszuschliessen, und dies müsste auch festgehalten werden für die Errichtungsversammlung, wenn die Abstimmung über das besondere Rechtsgeschäft auch gesondert stattfinden würde. Da aber die Abstimmung über dieses besondere Rechtsgeschäft zugleich mit der Abstimmung über den Abschluss des Gesellschaftsvertrages erfolgt, so zwingt dieser Umstand, anzunehmen, dass der Inferent, der offenbar für den wichtigeren Teil, d. i. den Abschluss des Gesellschaftsvertrages, Stimmrecht hat, dieses Stimmrechts wegen des weniger wichtigen Teiles nicht für verlustig erklärt wird.

III. Wirkungen des Errichtungsbeschlusses.

1. Wirkung unter den Contrahenten.

a) Wenn die Majorität nicht zu Stande kommt:

α) Der Zeichner wird von seiner Verbindlichkeit befreit und bekommt das Recht zum Rücktritt. Dieses Recht, das schon von der früheren Doktrin zuerkannt wurde (Primker S. 543) ergibt sich aus der Natur der Zeichnung: Die Gesellschaft, zu deren Errichtung der Zeichner sich

verpflichtet hat, ist ohne eine Vertragsverletzung seinerseits nicht zu Stande gekommen, er ist deshalb von seiner Verpflichtung befreit.

β) Der Zeichner verliert aber auch seine Rechte, d. h. der Gründer wird selbst dem „Ja" stimmenden gegenüber frei. [Cfr. Voelderndorff S. 390.] Auch dies erklärt sich am einfachsten aus der Natur der Zeichnung: Der Gründer qua Projektant verpflichtet sich dem Zeichner gegenüber als Mandatar nur zu einer Thätigkeit, dahin gehend, die Errichtung der Gesellschaft zu bewerkstelligen, ohne dadurch schon für den Erfolg einzustehen.

b) Die gesetzliche Majorität ist für Errichtung:

In diesem Falle wird zugleich mit dem Vertragsschluss auch die Gesellschaft errichtet: die Contrahenten werden nicht mehr einander, sondern unmittelbar der Gesellschaft gegenüber berechtigt und verpflichtet.

2. Wirkung in Beziehung auf die Gesellschaft.

a) Welche Natur hat diese Gesellschaft?

Durch den Errichtungsbeschluss ist eine Gesellschaft zwischen sämtlichen Zeichnern und Gründern auf Grundlage des Statuts geschaffen worden. Diese Gesellschaft ist thatsächlich die gewollte Aktiengesellschaft. Rechtlich jedoch ist sie die Aktiengesellschaft als solche noch nicht, denn diese wird erst mit der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister hervorgerufen nach art. 211 Abs. 1. Nach aussen also haben wir noch keine Aktiengesellschaft, sondern nur eine Vereinigung von Personen, welcher die Natur einer juristischen Person nicht beigemessen werden kann. Es hat diese Gesellschaft noch nicht selbständige Rechte und Pflichten, sie kann nicht Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, sie kann nicht vor Gericht klagen und verklagt werden, denn alle diese Rechte spricht art. 213 nur der Aktiengesellschaft als solchen zu. Art. 211 Abs. 2 bestimmt, dass. wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, die Handelnden persönlich und solidarisch haften. Aus allen diesen Gründen erachte ich mich berechtigt, diese durch die Errichtung zu Stande gekommene Gesellschaft als eine

societas zu bezeichnen, und deshalb bei der Zeichnung von einem pactum de ineunda societate zu sprechen.

Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältnis im Innern, unter den Contrahenten: Hier gilt die Aktiengesellschaft bereits als bestehend. Insofern ist die Ansicht Voelderndorffs, vor Eintragung bestünde die Aktiengesellschaft nicht nur nach aussen, sondern überhaupt nicht, etwas zu strenge. Sagen doch die Motive: [A 136 B 88] „Die Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister kann nur für die Selbständigkeit der Gesellschaft nach aussen entscheidend sein, im Innern und thatsächlich aber besteht schon vor dieser Eintragung ein von den die Gründung Betreibenden verschiedenes Rechtssubjekt; dasselbe bedarf daher schon für die Hergänge der Gründung der ordnungsgemässen Organe, welche für dieselbe die Verantwortung übernehmen.“ Die Contrahenten haben sich die im Momente des Vertragsschlusses zu Stande kommende Gesellschaft bereits als ein selbständiges von der Gesamtheit der Contrahierenden verschiedenes Rechtssubjekt gedacht; in ihren Augen kann diese Gesellschaft Rechte und Pflichten erwerben und wird dabei von den bereits geschaffenen Organen vertreten. Diese Annahme findet auch Billigung des Reichsgerichts Bd. V S. 21. [Ebenso unter Anderen Ring S. 278, Kayser S. 101, Petersen und Pechmann S. 79]. Es wird eben das thatsächlich meistens kaum hervortretende Zwischenstadium zwischen Errichtung und Eintragung von den Gesellschaftern in Gedanken übersprungen, indem die möglichst baldige Eintragung als natürlich vorausgesetzt wird.

b) Wie gehen Rechte und Pflichten auf die Gesellschaft über?

Was die Entstehung der Rechte und Pflichten für die Gesellschaft anlangt, so halte ich zunächst daran fest, dass die in der Zeichnung übernommenen Rechte und Pflichten des Zeichners bezw. Gründers, soweit sie sich auf die Errichtung der Gesellschaft beziehen, überhaupt nicht auf die Gesellschaft übergehen, dass dieselben vielmehr in der Errichtungsversammlung erlöschen und sich in andere, aus dem Gesellschaftsvertrage allerdings nach Massgabe der Zeichnung entspringende Rechte und Pflichten umwandeln.

Also erst die Rechte und Pflichten, die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages entstehen, kommen für die Aktiengesellschaft in Betracht: Diese Rechte und Pflichten werden aber der Gesellschaft gegenüber unmittelbar erzeugt. In trefflicher Weise ist dies vom Reichsgericht Bd. XXIV S. 21 ff. ausgeführt worden: Wenn mehrere Personen behufs Errichtung der Aktiengesellschaft zusammentreten und den Gesellschaftsvertrag abschliessen, so wollen sie damit nicht für sich, sei es als einzelnen, sei es als Societät, Rechte begründen oder erwerben, sondern sie handeln für die projektierte Aktiengesellschaft. Alle Rechtshandlungen beabsichtigen, das Inslebentreten der Aktiengesellschaft vorzubereiten oder sie mit den zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen ökonomischen Mitteln auszustatten. Es bedarf also einer Übertragung der im Gesellschaftsvertrage für die Aktiengesellschaft bestimmten Rechte nicht, vielmehr tritt die Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung in die ihr von den Gründern ausgemachten Rechte ein.

Die Aktiengesellschaft erwirbt unmittelbar die Rechte: Es liegt keine negotiorum gestio, kein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, keine Succesion sowohl in die Rechte einzelner oder einer besonderen Gesellschaftsform vor, sondern es ist der Ansicht Rings S. 280 und Wieners in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24 S. 24 ff. beizustimmen:

Der Zeichner und Gründer wird durch den Gesellschaftsvertrag berechtigt und verpflichtet. In dem Momente aber, in welchem der Gesellschaftsvertrag zu Stande kommt, ist auch die Gesellschaft schon errichtet. Diese Gesellschaft ist aber von den Contrahenten als ein von der Gesellschaft verschiedenes Rechtssubjekt gedacht. Der Vertragsschliessende hat deshalb nicht die Absicht, sich den einzelnen Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft gegenüber zu berechtigen und verpflichten, die, wenn sie auch nach aussen noch kein selbständiges Rechtssubjekt ist, doch von den Contrahenten als solches gedacht wird. Wenn nun dieses einstweilen nur gedachte Rechtssubjekt thatsächlich durch Hinzukommen der vom Gesetz geforderten notwendigen Form der Eintragung zum selbständigen Rechtssubjekt, d. h. zur juristischen

Person der Aktiengesellschaft wird, so ist diese eben unmittelbar berechtigt und verpflichtet, da kein Aufeinanderfolgen verschiedener Gesellschaftsformen, sondern ein einheitlicher Gründungshergang vorliegt.

§ 19. Wer trägt die Kosten?

I. Es kommt die Aktiengesellschaft nicht zu Stande:

In der Nürnberger Conferenz S. 379 war vorgeschlagen worden, es sollten von den Gründern auch in dem Falle, dass der projektierte Aktienverein nicht zu Stande komme, die etwa erhaltenen Einzahlungen nur nach Abzug der unumgänglich notwendigen Auslagen zurückgegeben werden. In der Conferenz jedoch wurde dieser Antrag abgelehnt und so sprechen sich die meisten Rechtslehrer, trotzdem die entgegengesetzte Bestimmung keine Aufnahme in den Entwurf gefunden hat, dagegen aus, dass die Gründer das Recht des Abzugs hätten, sodass man ziemlich einstimmig dem Gründer in diesem Falle die Kosten überbürdet. [Hahn S. 39, Renaud S. 253, Primker S. 543, Voelderndorff S. 345 A. 45, Ring S. 228]

Anders gestaltet sich natürlich das Verhältnis, wenn in der Zeichnung ausdrücklich die Tragung der Kosten den Zeichnern überbürdet ist.

Bestritten ist es, ob die Zeichner auch dann im Falle des Nichtzustandekommens der Gesellschaft die Kosten übernehmen müssen, wenn sie sich im Zeichnungsschein zwar ausdrücklich zur Tragung der Kosten verpflichtet haben, ohne dass aber der Fall des Nichtzustandekommens erwähnt ist: Voelderndorff S. 345 A. 45 verneint dies, während Renaud S. 253 auch unter diesen Umständen dem Zeichner die Kosten tragen lässt. Keinem von beiden kann ich ganz zustimmen. Ich habe oben angenommen, dass nur durch stillschweigende Bedingung, unter welcher die Zeichner ihre Verpflichtung eingegangen haben, die Last der Tragung der Kosten auf die Gründer übergewälzt wird. Wenn aber die Zeichner sich zur Tragung der Kosten ganz allgemein verpflichtet haben, so verzichten sie offenbar auf die stillschweigende Bedingung. Da es sich nemlich um ein Mandatsverhältnis handelt, so können die Mandatare auch im Falle, dass ohne ihr Verschulden sie ihre Aufgabe nicht zu lösen vermögen, doch die Kosten verlangen. Also haben die Mandanten, d. i. Zeichner und Gründer zusammen, die Kosten zu tragen. Der eine Teil der Mandanten aber, die Zeichner, haben

sich allgemein verpflichtet, die Kosten allein zu tragen. Dabei dürfte aber nicht gemeint sein, dass sie auch im Falle des Misslingens allein die Kosten tragen. Die Thatsache, dass die Gründer als Aktienübernehmer und dadurch als Mandanten, die doch die Hauptspekulanten sind, und den anderen gegenüber den Erfolg gewissermassen garantieren, nicht zum Tragen der Kosten für den Fall des Fehlschlagens der Spekulation herangezogen werden sollten, ist eine so abnorme, dass nur eine unzweideutig und ausdrücklich ausgesprochene Absicht der Parteien eine gegenteilige Ansicht rechtfertigt. Ich glaube also, dass im Falle des Nichtzustandekommens der Gesellschaft sowohl Gründer wie Zeichner zur Tragung der Kosten verpflichtet sind.

II. Die Aktiengesellschaft kommt zu Stande:

1. Im früheren Rechte nahm man an, dass die Kosten nicht ohne weiteres abzuziehen seien und nur die Reste der Aktiengesellschaft zur Disposition gestellt werden dürften; denn es sollten die durch die Subscription gezeichneten Beträge ohne Abzug das Grundkapital bilden.

Es konnten sich aber auch hier die Zeichner verpflichten, für diesen Fall die Gründungskosten zu tragen. Dann klagt jedoch der Projektant gegen die Zeichner auf Erstattung und die Zeichner können sich dann an die Aktiengesellschaft halten. [Renaud S. 214].

2. Für das geltende Recht ist folgendes im Auge zu behalten.

a) Es können die Zeichner in einfacher Weise sich verpflichten, die Gründungskosten im Falle des Entstehens der Gesellschaft auf sich zu nehmen, ohne dass es hierzu einer besonderen Form bedürfte.

b) Es gewährt aber weiter der neue art. 209b Abs. 3 die Möglichkeit einer Entschädigung oder Gründerbelohnung in der Weise, dass diese Summen aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft gezahlt werden. Für diesen Fall hat das Gesetz eine Reihe qualifizierter Formvorschriften aufgestellt. Hinsichtlich der rechtlichen Construktion sind 2 Fälle zu unterscheiden.

α) Es handelt sich um Leistungen der Gründer, welche dem Unternehmen selbst zu gute kommen und für deren Erzielung die errichtete Gesellschaft erforderlichen Falls selbst hätte Zeit und Geld aufwenden müssen. Dass die Gründer für derartige Aufwendungen an Zeit und Geld angemessene Vergütung zu erhalten haben, ist selbstverständlich. Deshalb

sind die Kosten, welche für Entstehung der Gesellschaft und für die Organisation des Geschäftsbetriebes notwendig waren, zu erstatten.

β) Aufwendungen von Zeit und Geld, welche die Thätigkeit des Zustandebringens erfordert. Es handelt sich hier um die Kosten für Bemühungen zur Gesellschaftsgestaltung. Das Reichsoberhandelsgericht Bd. XX S. 208 verwirft hier das Recht auf Erstattung der Kosten. Die Motive schliessen sich dem in juristischer Beziehung an, gestatten jedoch vom legislativen Standpunkt aus die vertragsmässige Überbürdung solcher Kosten auf die Aktiengesellschaft.

§ 20. Qualifizierte Gründung.

I. Einlage.

1. Von einer Reihe von Rechtslehrern wird die Ansicht vertreten, dass im Falle der Illationsgründung, d. h. bei Aktienabnahme nicht gegen Baarzahlung, sondern gegen eine Einlage, der Inferent als Zeichner wie jeder andere anzusehen sei, sodass neben dem Zeichnungsvertrage noch ein besonderer Einlagevertrag angenommen werden müsse. Diese Rechtslehrer teilen sich wieder in 2 Gruppen, von denen

a) die einen einen besonderen Kaufvertrag mit vertragsmässiger Compensation darin erblicken und zwar sei der Zeichner der Verkäufer, die Gesellschaft die Käuferin und der Betrag, welcher dem festgesetzten Anteil am Grundkapital entspricht, muss als Kaufpreis aufgefasst werden. [Bähr zum neuen A. G. S. 28, Renaud A. G. S. 753 f.] Der rechtliche Vorgang muss hier so construiert werden, dass der Zeichner zunächst zur Einzahlung verpflichtet ist, dass jedoch vertragsmässig eine Compensation des Kaufpreises gegen den Einzahlungsbetrag stattfindet.

b) Die andere Gruppe nimmt eine vertragsmässige Hingabe an Zahlungsstatt an. Sie halten ebenfalls den Übernehmer für einen Zeichner und somit die Einzahlungspflicht für das Primäre. Nebenbei wird aber auch ein besonderer Vertrag geschlossen, wonach der Zeichner berechtigt sein soll, anstatt seiner Verpflichtung aus der Zeichnung durch Zahlung nachzukommen, diese auch dadurch zu erfüllen,

dass er die einzulegenden Sachen auf die Zahlungssumme anrechnet.

Diese beiden Ansichten beruhen, wie Behrend S. 747 richtig charakterisiert, auf einer Verkennung des Unterschieds zwischen Einlage und Übernahme: „Im Falle der Sacheinlage macht ein Aktionär eine nicht in baarem Gelde bestehende Einlage in Erfüllung seiner durch die Beteiligung überkommenen Verbindlichkeit, während im Falle der Übernahme von Einlagen ein Überlassungsvertrag geschlossen wird."

2. Die richtige Ansicht dürfte also wohl die sein, dass der Inferent prinzipiell sich anstatt zur Einzahlung von Geldbeträgen zur Einlage der Sache verpflichtet, dass also die Pflicht zur Einlage primär übernommen wird. [Behrend S. 747, Ring S. 208, Voelderndorff S. 317 u. 319, Primker S. 592 A. 2]. Diese Ansicht ist auch vom Reichsgericht Bd. II S. 303 vertreten, welches in dem Einlagevertrag nicht ein vom Gesellschaftsvertrag verschiedenes Rechtsgeschäft erblickt und insbesondere die Ansicht zurückweist, dass dieses Rechtsgeschäft die Abschliessung eines neuen gesonderten Vertrages der Aktiengesellschaft mit dem Aktionär, welcher die nicht in baarem Gelde bestehende Einlage geleistet hat, sei. Zwar ging noch der erste Entwurf von der Ansicht aus, dass es sich um eine Anrechnung handle, indem sowohl der damals festgestellte Text des art. 210 Abs. 3 lautete: „soweit nicht Einlagen anzurechnen sind . . . .", als auch in der Begründung zum Entwurfe deutlich ausgesprochen war, dass der Aktionär in Anrechnung auf seine gezeichnete Summe Sachen der Gesellschaft einbringe. [A. 148]. Damit stimmt schon nicht mehr die Fassung des zweiten Entwurfes, indem es dort heisst: „ . . . . . soweit nicht andere als in Geld bestehende Einlagen eingebracht sind . . . .". Aber auch dieser Wortlaut ging nicht in das Gesetz über, sondern hier lautet die fragliche Stelle: „ . . . . . soweit nicht andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen gemacht sind." . . . . . Durch die Betrachtung der Entwicklung des Gesetzestextes dürfte sich die in obiger Weise festgestellte Natur des Einlagevertrages als richtig ergeben. Es beruht die Verpflichtung zur Einlage nicht auf einem besonderen Vertrage, sondern sie ist in der zur Beteiligung übernommenen Verbindlichkeit enthalten.

Wenn aber Ring meint, es sei der Einlagevertrag lediglich

ein integrierender Bestandteil des nach dem Gesetze einheitlich zu schliessenden Gesellschaftsvertrages und in consequenter Durchführung seiner Auffassung über die Zeichnung daraus folgert, dass dieser Einlagevertrag nicht vor der Errichtungsversammlung abgeschlossen werden kann, sondern erst in der Errichtungsversammlung, wobei sich als Contrahenten die Einlegenden und die übrigen Mitglieder der Gesellschaft ergeben, so kann ich diesem nur unter einer Modifikation zustimmen. Allerdings wird der Einlagevertrag als integrierender Bestandteil des Gesellschaftsvertrages in der Errichtungsversammlung zwischen den Contrahenten geschlossen, aber schon vorher hat sich der Einleger in bindender Weise durch das pactum de ineunda societate zum Abschluss des Einlagevertrages in gleicher Weise wie jeder Zeichner zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages verpflichtet. Der Einleger verspricht, sich an der Errichtung dieser Gesellschaft zu beteiligen und zur Errichtung insbesondere dadurch mitzuwirken, dass er durch Einlage einen bestimmten Teil des Gesellschaftsvermögens aufzubringen sich verpflichtet. Insofern kann art. 210 Z. 1 von den der Illationsgründung zu Grunde liegenden oder zu deren Ausführung geschlossenen „Verträgen“ sprechen, obwohl ja rechtlich ein besonderer Illationsvertrag nicht anzunehmen ist. Aber durch diesen Vorvertrag wird keineswegs der einzulegende Gegenstand vom Gründer für die Gesellschaft erworben, sondern der Inferent verpflichtet sich nur wie jeder Zeichner bezw. Gründer zum Abschluss des im Gesellschaftsvertrage liegenden Rechtsgeschäftes und dieser Abschluss erfolgt in der Errichtungsversammlung, sodass das Rechtsgeschäft zwischen sämtlichen Gesellschaftern abgeschlossen wird.

Was die Form des Abschlusses dieses Vorvertrages anlangt, so ist für den Fall der Succesivgründung folgendes festzuhalten:

a) Der Inferent kann mit den übrigen einfachen Gründern den Inhalt des Gesellschaftsvertrages feststellen. Hier muss er zugleich bei Feststellung des Statuts Aktien übernehmen, kann jedoch, wenn bereits 5 Gründer je eine Aktie übernommen haben, nur als Zeichner auftreten.

b) Der Inferent hat nicht an der Feststellung des Statuts teilgenommen. Hier kann der Inferent nicht einfach den Aktienbetrag übernehmen, sondern art. 209 ist nur so auszulegen, dass die Übernahme von Aktien nicht ein Recht der Gründer ist, sondern dass es einerseits für

mindestens 5 von den das Statut Feststellenden eine Pflicht ist, je eine Aktie zu übernehmen, andererseits, dass nur für die, welche das Statut festgestellt haben, die Form der Aktienübernahme möglich ist. [Ring S. 217, Behrend S. 748]. Der Inferent ist also auf Zeichnung angewiesen.

c) Es ist noch die dritte Möglichkeit gegeben, dass der Gründer sich nicht an der ursprünglichen Feststellung des Statuts beteiligt hat, dass er jedoch in einer Nachtragsverhandlung einen Teil der Aktien übernimmt. Hier wird angenommen, er habe sich von Anfang an der Feststellung des Statuts beteiligt. Es kann nun der Illationsvertrag in dem beurkundeten Statut schon enthalten sein, oder als Erweiterung desselben festgestellt werden. Befinden sich diese Festsetzungen im Statut, so muss sich der Inferent ausdrücklich zu denselben bekennen, es kann aber auch in einer legalen Zeichnung die Bekennung zu diesen Festsetzungen nach Umständen zu erblicken sein. Befinden sich dieselben jedoch nicht im Statut, so bedarf es einer besonderen Festsetzung durch Gründer und Inferent; es bildet dieses eine Nachtragsverhandlung der Feststellung des Statuts, weshalb der Inferent hier Aktien übernehmen kann. [So Ring S. 211, der dies jedoch für den Fall der Succesivgründung, wie oben erwähnt, nur in beschränkter Weise gestattet.]

II. Die Übernahme.

1. Bei der Übernahme handelt es sich nicht um Erfüllung einer aus der Zeichnung überkommenen Verpflichtung, sondern um einen selbständigen Vertrag, welcher geschlossen wird zwischen Gesellschaft und dem Dritten. [Ring S. 212 ff., Behrend S. 747, Voelderndorff S. 319]. Das pactum zur Beteiligung kann dabei nebenher gehen, jedoch ist dieses keineswegs notwendig und es kann dieses selbständige Rechtsgeschäft auch von einem Dritten, der nicht Aktionär wird, abgeschlossen werden. Was die juristische Construktion dieses Vertrages anlangt, so ist diese aus den thatsächlichen Verhältnissen abzuleiten. Meistens wird es sich um einen Kaufvertrag handeln, doch kann ebenso gut eine locatio conductio

operis vorliegen, sobald nemlich die Übernahme einer herzustellenden Anlage den Gegenstand des Vertrages bildet.

2. Im Gegensatz zum früheren Rechte, wo man vielfach annahm, es kontrahiere der Vorstand für die Aktiengesellschaft [so Keyssner A. G. S. 128], erblickt die herrschende Ansicht in dem Gründer den Contrahenten. [Ring, Behrend, Voelderndorff]. Diese Auffassung wird in ihrer Richtigkeit zunächst durch die Motive bestätigt, welche ausführen, dass durch art. 209b die Rechtsgeschäfte, welche von den Gründern übernommen werden, ersichtlich gemacht würden. Inwieweit ein Abkommen zwischen den Gründern und Contrahenten, welches für die Aktiengesellschaft nicht verbindlich ist, rechtliche Wirkung äussert zwischen den Gründern und Contrahenten, dieses ergebe sich aus dem bürgerlichen Rechte. [Motive A 162, B 98]. Wenn nun auch in art. 209b Abs. 4 gegenüber dem im Entwurfe festgestellten Texte die Worte „der Gründer" weggefallen sind, so ist dieses sehr berechtigt, denn die Gründer brauchen nur der eine Teil der Contrahenten zu sein als Vertreter der Gesellschaft, während der andere Teil jeder Dritte sein kann, sodass thatsächlich ein Abkommen „der Gründer" nicht vorzuliegen braucht.

Insbesondere art. 209g lässt, wie Ring bemerkt, für die Richtigkeit der Annahme, dass „die Gründer" für die Gesellschaft den Vertrag schliessen, einen Schluss ziehen aus der Thatsache, dass die Gründer und nicht der Vorstand zur Abgabe der Gründererklärung verpflichtet ist.

3. Die Gründer sind bei diesem Vertragsschluss gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Deshalb berechtigen und verpflichten sie die entstandene Gesellschaft unmittelbar. Es wird nemlich der Überlassungsvertrag zeitlich zugleich mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages geschlossen. Vorher hat der Gründer als Vertreter der noch nicht bestehenden Aktiengesellschaft einen Vorvertrag mit dem Überlassenden geschlossen, worin sich derselbe verpflichtet, durch den mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages zeitlich zusammenfallenden Überlassungsvertrag die Gesellschaft unmittelbar zur Eigentümerin zu machen. Dass die Gesellschaft unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, ist also mit der Ausnahme, dass der Gründer beim Abschluss des Vorvertrages nicht für sich selbst, sondern als negotiorum gestor handelt und dass rechtlich noch ein besonderer Übernahmevertrag vorliegt, ebenso zu erklären wie bei dem sogen. Einlagevertrag und bei der Zeichnung.